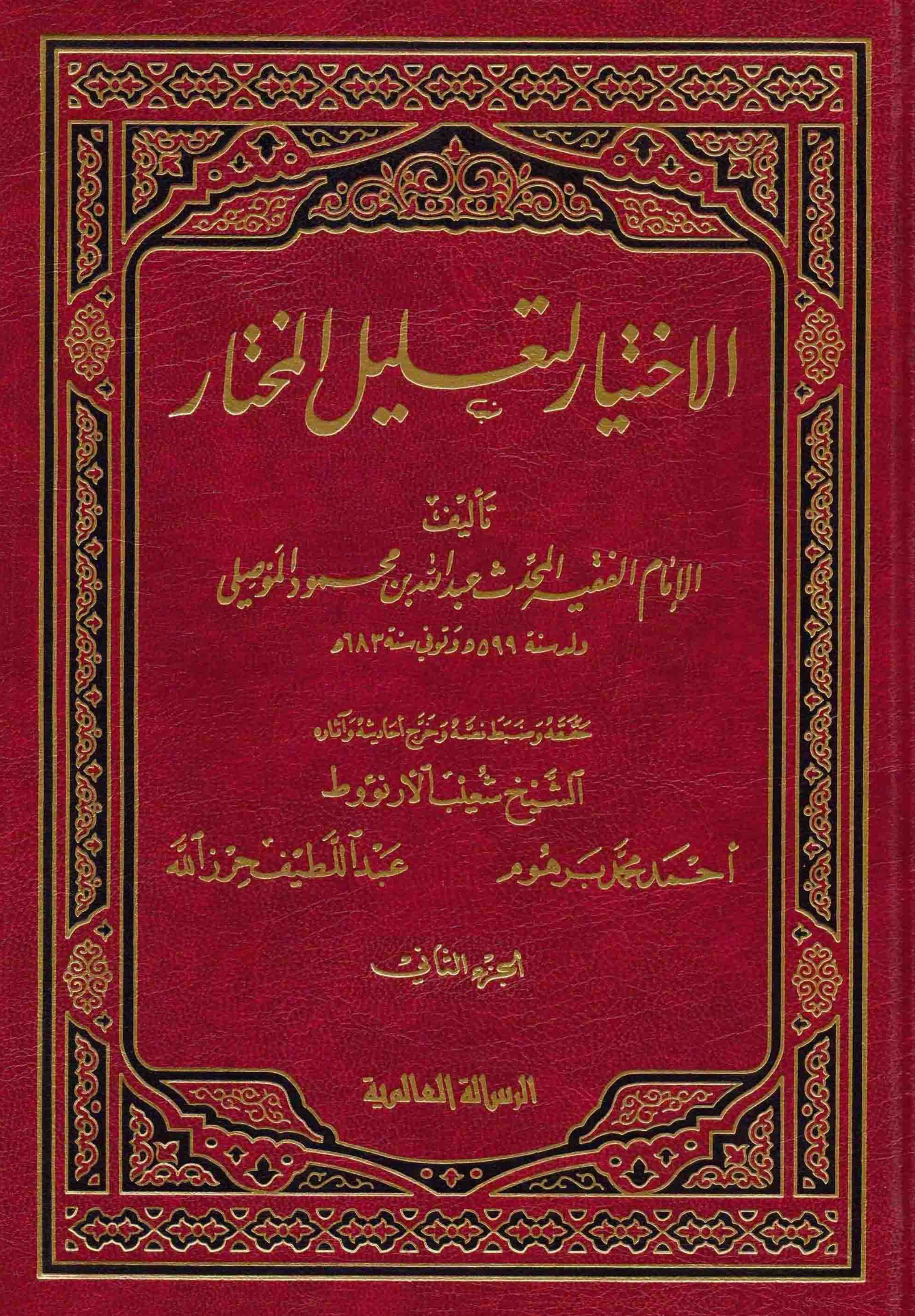

الاختيار لتعليل المختار
تأليف
الإمام الفقيه المحدث عبد الله بن محمود الموصلي
ولد سنة ٥٩٩ هـ وتوفي سنة ٦٨٣ هـ
حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وآثاره
الشيخ شعيب الأرنؤوط
أحمد محمد برهوم
عبد اللطيف حرز الله
الجزء الثاني
الرسالة العالمية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شركة الرسالة العالمية م.م.

Al-Resalah Al-A'lamiah LTD. Publishers

الطَّبْعَةُ الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

الإدارة العامة

Head Office

دمشق - الحجاز

شارع مسلم البارودي

بناء خولي و صلاحي

 2625

(963)11-2212773

(963)11-2234305

الجمهورية العربية السورية

Syrian Arab Republic

info@resalahonline.com

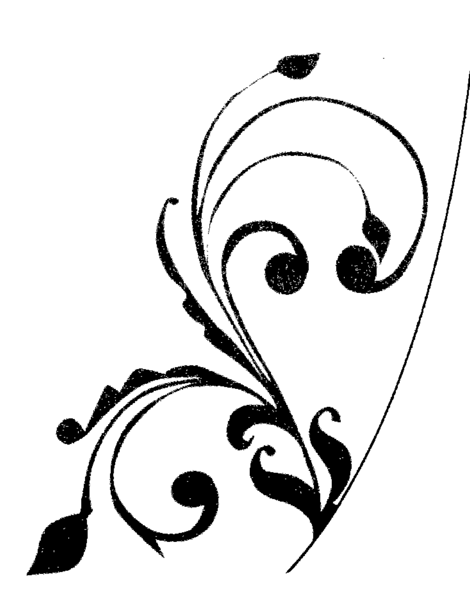
http://www.resalahonline.com

فرع بيروت

BEIRUT/LEBANON

TELEFAX: 815112- 319039- 818615

P.O. BOX:117460



الاختيار لتعليل المختار

تأليف

الإمام الفقيه المحدث عبد الله بن محمود الموصلي

ولد سنة ٥٩٩ هـ وتوفي سنة ٦٨٣ هـ

حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وآثاره

الشيخ شعيب الأرنؤوط

أحمد محمد برهوم عبد اللطيف حرز الله

الجزء الثاني

دار الرسالة العالمية

كتاب البيوع

. . . .

كتاب البيوع

البيعُ في اللغة: مطلَقُ المُبادلة، وكذلك الشِّراءُ، سواءٌ كانت في مالٍ أو غيره. قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ﴾ [التوبة: ١١١]، وقال: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ وَٱلْعَذَابَ بِٱلْمَغْفِرَةِ﴾ [البقرة: ١٧٥].

وفي الشرع: مبادلةُ المالِ المُتقوَّم بالمال المتقوَّم تمليكاً وتملُّكاً. فإن وُجِدَ تمليكُ المال بالمنافع فهو إجارةٌ أو نكاحٌ، وإن وُجد مجّاناً، فهو هبةٌ.

وهو عقدٌ مشروعٌ ثبتَتْ شرعيَّتُه بالكتاب والسُّنَّة والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقال: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وأما السُّنَّة، فلأنه ﷺ بُعِثَ والناسُ يتبايعون، فأقرَّهم عليه، وقد باع عليه السلام، واشتَرى مباشرةً وتوكيلاً.

وعلى شرعيَّتِه الإجماعُ، والمعقولُ وهو أن الحاجةَ ماسةٌ إلى شرعيتِه، فإن الناسَ محتاجون إلى الأعواضِ والسِّلَع والطعامِ والشراب الذي في أيدي بعضِهم، ولا طريقَ لهم إلا البيع والشِّراء، فإن ما جُبلت

البَيعُ يَنعَقِد بالإيجابِ والقَبُولِ بلَفْظَي الماضي كقَولِه: بِعْتُ واشتَرَيتُ، وكُلِّ لَفظٍ يَدُلُّ على مَعناهُما . . . .

عليه الطِّباعُ من الشُّحِّ والضِّنَّة وحُبِّ المال يمنعُهم مِن إخراجِه بغير عِوَضٍ، فاحتاجوا إلى المُعاوضـةِ، فوَجَبَ أن يُشرَعَ دفعاً لهٰذه الحاجة.

ورُكنُه: الإيجابُ والقَبول، لأنهما يدُلان على الرِّضا الذي تعلَّق به الحُكم، وكذا ما كان في معناهما.

وشَرْطُه: أهليَّةُ المتعاقِدَين حتى لا ينعقدَ من غير أهلٍ.

ومحلُّه: المالُ، لأنه يُنبئُ عنه شرعاً.

وحكمُه: ثبوتُ المُلْك للمشتري في المَبيع وللبائعِ في الثَّمن إذا كان باتّاً، وعند الإجازة إذا كان موقوفاً.

قال: (**البَيعُ يَنعَقِد بالإيجابِ والقَبُولِ بلَفْظَي الماضي كقَولِه: بِعْتُ واشتَرَيتُ**) لأنه إنشاءٌ، والشرعُ قد اعتبَر الإخبارَ إنشاءً في جميع العُقود، فينعقدُ به، ولأن الماضي إيجابٌ وقَطْعٌ، والمستقبلَ عِدَةٌ أو أمرٌ وتوكيلٌ، فلهٰذا انعقدَ بالماضي.

قال: (**وكُلِّ لَفظٍ يَدُلُّ على مَعناهُما**) كقوله: أعطيتُك بكذا، أو خُذْه بكذا، او مَلَّكتُك بكذا، فقال: أخذتُ، أو قَبلتُ، أو رضِيتُ، أو أمضَيْتُ، لأنه يدلُّ على معنى القَبُول والرِّضا، والعِبْرةُ للمعاني. وكذٰلك لو قال المشتري: اشتريتُ بكذا، قال البائعُ: رضِيتُ، أو أمضَيتُ، أو أَجَزتُ، لما ذكرنا.

وبالتَّعاطِي (ف). وإذَا أوجَبَ أحَدُهُما البَيعَ فالآخَرُ بالخِيار إن شاءَ قَبِلَ وإن شاءَ رَدَّ، . . . .

قال: (وبالتَّعاطِي) في الأشياء الخَسيسةِ والنَّفيسةِ، نصَّ عليه محمدٌ لأنه يدلُّ على الرِّضا المقصودِ من الإيجاب والقَبول. وذكر الكَرْخيُّ أنه ينعقدُ بالتَّعاطي في الأشياء الخَسِيسةِ مما جَرَتْ به العادةُ، ولا ينعقدُ مما لم تَجْرِ بِهِ العادةُ.

ولو قال: بِعْنِي، فقال: بِعْتُ، أو قال: اشْتَرِ مِنِّي، فقال: اشتريتُ، لا ينعقدُ حتى يقول: اشتريتُ أو بعتُ، لأن قوله: بِعْني واشتَرِ، ليس بإيجابٍ وإنما هو أمرٌ، فإذا قال: بعتُ أو اشتريتُ، فقد وُجد شَطْرُ العقد، فلا بدَّ من وجود الآخر ليَتِمَّ. وقيل: إذا نَوى الإيجابَ في الحال انعَقَدَ البيعُ وإلا فلا، وعلى هٰذا أبيعُك هٰذا العبدَ أو أُعطِيكَه، فيقول الآخر: أشتَرِيه أو أقبَلُه أو آخذُه، إن نوى صحَّ وإلا فلا.

قال: (وإذَا أوجَبَ أحَدُهُما البَيعَ فالآخَرُ بالخِيار إن شاءَ قَبِلَ وإن شاءَ رَدَّ) لأنه مخيَّرٌ غيرُ مُجبَر، فيختارُ أيَّهما شاء، وهٰذا خيارُ القَبول، ويمتدُّ في المَجلِسِ للحاجةِ إلى التفكُّر والتَّرَوِّي، والمجلسُ جامعٌ للمتفرِّقات، ويَبطُل بما يَبطُل به خيارُ المخيرةِ لأنه يدلُّ على الإعراض، وللموجِبِ الرجوعُ لعدم إبطال حقِّ الغَير، وليس للمُشتري القَبولُ في البعض، لأنه تفريقُ الصفقةِ وأنه ضرر بالبائع، فإن من عادةِ التجَّار ضَمَّ الرَّديء إلى الجيِّد في البيع لترويج الرَّديء، فلو صحَّ التفريقُ يزولُ الجيِّد عن مُلْكِه فيبقى الرديءُ فيتضرَّر بذٰلك، وكذٰلك المشتري يرغبُ في الجميعِ، فإذا فرَّق البائعُ الصفقةَ عليه يتضرَّرُ.

وأيُّهُما قامَ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَ الإيجابُ، فإذا وُجِدَ الإيجابُ والقَبُولُ لَزِمَهُما البَيعُ بلا خِيارِ مَجْلِسٍ (ف)، . . . .

(**وأيُّهُما قامَ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَ الإيجابُ**) لأنه يدلُّ على الإعراضِ وعدمِ الرِّضا، وله ذٰلك، وشَطْرُ العَقْدِ لا يتوقفُ على قَبول الغائب كَمَنْ قال: بعتُ من فلانٍ الغائبِ، فبَلَغَه فقَبِل لا ينعقِدُ إلا إذا كان بكتابةٍ أو رسالةٍ، فيُعتبَر مجلسُ بلوغِ الكتاب وأداءِ الرِّسالةِ، وعلى هٰذا الإجارةُ والهِبةُ والكتابة والنِّكاحُ.

ولو تبايعا وهما يَمْشيان أو يَسِيران إن لم يَفصِلا بين كلامَيهِما بسَكْتَةٍ انعقَدَ البيع، وإن فَصَلا لم ينعقد، وقال بعضُهم: ينعقدُ ما لم يتفرَّقا بالأبدان، والأولُ أصحُّ.

قال: (**فإذا وُجِدَ الإيجابُ والقَبُولُ لَزِمَهُما البَيعُ بلا خِيارِ مَجْلِسٍ**) لأن العقدَ تمَّ بالإيجاب والقَبول لوجودِ رُكْنِه وشرائِطِه، فخيارُ أحدِهما الفَسْخَ إضرارٌ بالآخرِ لما فيه من إبطالِ حقِّه، والنص يَنفِيه، وما رُوِي فيه من الحديث[1] محمولٌ على خِيارِ القَبول، هٰكذا قاله النَّخَعي، لأن

---

(١) أي حديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا . . .» أخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٢١٠٧)، ومسلم (١٥٣١)، وهو في «المسند» (٤٤٨٤)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩١٢).

وأخرجه من حديث حكيم بن حزام البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢)، وهو في «المسند» (١٥٣١٤)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٠٤).

وانظر تتمة أحاديث الباب في «المسند» عند حديث عبد الله بن عمرو برقم (٦٧٢١).

ولا بُدَّ من معرِفَةِ المَبيعِ معرِفَةً نافيةً للجَهالَةِ، ولا بُدَّ من معرِفَةِ مقدَارِ الثَّمَن وصِفَتِهِ إذا كانَ في الذِّمَّةِ، ومَن أطلَقَ الثَّمَنَ فهو على غالبِ نَقْد البلدِ. ويجوزُ بَيعُ الكَيْليِّ والوَزْنِيِّ كَيلاً ووَزناً ومُجازَفَةً؛ . . . .

قولُه: «المتبايعان» يقتضي حالةَ المُباشرةِ، وقوله: «ما لم يتفرَّقا»، أي: بالأقوالِ، لأنه يحتملُه فيُحمَل عليه توفيقاً.

(ولا بُدَّ من معرِفَةِ المَبيعِ معرِفَةً نافيةً للجَهالَة) قطعاً للمُنازعة، فإن كان حاضراً فيُكتفى بالإشارةِ، لأنها موجبةٌ للتعريف قاطعةٌ للمُنازعةِ، وإن كان غائباً، فإن كان مما يُعرفَ بالأُنموذَج كالكَيْلي والوَزْني والعَدَدِي المتقارب، فرؤيةُ الأُنموذَج كرؤية الجَميع، إلا أن يختلفَ فيكون له خيارُ العَيب، وإن كان مما لا يُعرَفُ بالأُنموذجِ كالثِّياب والحَيَوان فيُذكَرُ له جميعُ الأوصاف قطعاً للمنازعةِ، ويكون له خيارُ الرُّؤية.

قال: (ولا بُدَّ من معرِفَةِ مقدَارِ الثَّمَن وصِفَتِهِ إذا كانَ في الذِّمَّةِ) قطعاً للمنازعةِ إلا إذا لم يكن في البلد نقودٌ لتعيُّنِه.

(ومَن أطلَقَ الثَّمَنَ فهو على غالبِ نَقْد البلدِ) للتعَّارفِ. ولو قال: اشتريتُ هٰذه الدارَ بعشرةٍ، أو هٰذا الثوبَ بعشرةٍ، أو هٰذا البِطِّيخَ بعشرةٍ، وهو في بلدٍ يتعاملُ الناسُ بالدنانير والدَّراهم والفُلوس، انصَرَفَ في الدار إلى الدنانير، وفي الثوبِ إلى الدَّراهم، وفي البِطِّيخ إلى الفُلوس بدِلالةِ العُرْف، وإن لم يتعاملوا بها ينصرِفُ إلى المُعتادِ عندهم.

قال: (ويجوزُ بَيعُ الكَيْليِّ والوَزْنِيِّ كَيلاً ووَزناً ومُجازَفَةً) ومرادُه عند اختلافِ الجِنْس، لقوله عليه السلام: «فإذا اختَلَفَ الجِنْسان فبيعوا

وَمَن باعَ صُبْرَةَ طَعامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ جازَ في قَفِيزٍ واحدٍ (سم)، وَمَن باعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شاةٍ بدِرْهَمٍ لم يَجُزْ في شيءٍ منها (سم ف)، والثِّيابُ كالغَنَمِ،

كيفَ شِئْتُم»[1]، ولأنه لا رِبا إلا عند المُقابلةِ بالجِنس، لأنه لا تتحقَّقُ الزيادةُ إلا فيه.

قال: (**وَمَن باعَ صُبْرَةَ طَعامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ جازَ في قَفِيزٍ واحدٍ**) عند أبي حنيفةَ إلا أن يُعرفَ جملةُ قُفْزانها، إما بالتسمية أو بالكَيْل في المجلس. وقالا: يجوزُ في الكُلِّ، لأن زَوال الجَهالةِ بيدهما فلا يُفْضِي إلى المُنازعةِ. وله أنه تعذَّرَ الصرفُ إلى الجميع للجَهالة في المَبيع والثمنِ، فيُصرَفُ إلى الأقلِّ وهو الواحد لأنه معلومٌ، فإذا زالت الجهالةُ، جاز في الجميع لزوالِ المانِعِ، وإذا جازَ البيعُ في الواحد يثبُتُ للمشتري الخيارُ لتفرُّق الصَّفْقَةِ.

قال: (**وَمَن باعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شاةٍ بدِرْهَمٍ لم يَجُزْ في شيءٍ منها، والثِّيابُ**) والمعدودُ المتفاوت (**كالغَنَمِ**)، وعندهما يجوزُ في الكلِّ لما مرَّ. وله أن قضيةَ ما ذكرنا الجوازُ في واحدٍ، غيرَ أنَّ الواحد في هٰذه الأشياء يتفاوتُ فيؤدِّي إلى المُنازعةِ فصار كالمجهول، فلا يجوزُ.

---

(١) أخرجه من حديث عبادة بن الصامت مسلم (١٥٨٧) (٨١)، وهو في «المسند» (٢٢٧٢٧) ولفظه: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبرُّ بالبرِّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فإذا اختلفت فيه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد». وانظر تمام تخريجه في «المسند».

فإن سَمَّى جُملَةَ القُفْزَانِ والذُّرْعانِ والغَنَم جازَ في الجَمِيعِ. ومَن باعَ داراً دَخَل مَفاتِيحُها وبِناؤُها في البَيعِ، وكذٰلكَ الشَّجَرُ في بَيعِ الأرضِ. . . . .

قال: (**فإن سَمَّى جُملَةَ القُفْزَانِ والذُّرْعانِ والغَنَمِ جازَ في الجَمِيعِ**) لانتفاء الجهالةِ وزوال المانع.

قال: (**ومَن باعَ داراً دَخَل مَفاتِيحُها وبِناؤُها في البَيعِ**) لأن المفاتيحَ تَبَعٌ للأبواب، والأبوابَ متصلةٌ بالبناء للبقاء، والبناءَ متصلٌ بالعَرْصَةِ اتصالَ قرارٍ، فصارت كجُزءٍ منها، فتدخلُ في البيع، ولأن الدارَ اسمٌ للعَرْصة والبناءِ فيدخلُ في بيع الدار.

(**وكذٰلكَ الشَّجَرُ في بَيعِ الأرضِ**) لأنَّ اتصالَه كاتصالِ البناء، بخِلاف الزَّرْع والثمرة، لأن اتصالَهما ليس للقَرار فصار كالمَتَاع، ويقال للبائع: اقطَعِ الثمرةَ واقلَعِ الزَّرْعَ وسلِّمِ المَبيع، لأنه يجبُ عليه تسليمُ المَبيعِ إلى المشتري عَمَلاً بمقتضَى البيع، ولا يُمكن ذٰلك إلا بالتفريغ، فيجبُ عليه ذٰلك، ولو شَرَطَهما دَخَلا في البيع عملاً بالشَّرْط، قال عليه السلام: «من اشتَرَى نَخْلاً أو شَجَراً فيه ثمرٌ فثمرتُه للبائع إلا أن يَشترِط المُبتاعُ[1]»[2].

---

(١) تحرف في (س) إلى: «المتاع»، والمثبت من (م)، والمصادر التي خرجت الحديث.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٠٤)، ومسلم (١٥٤٣)، وابن ماجه (٢٢١١)، والترمذي (١٢٤٤)، والنسائي ٧/ ٢٩٧ وهو في «المسند» (٤٥٠٢)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٢٢). بلفظ: «من باع نخلاً قد أبِّرت، فثمرتها للبائعِ، إلا أن يشترِطَ المبتاعُ».

ولو اشتَرى داراً وذَكَر حدودَها دخَلَ السُّفْل والعُلُوُّ والإصْطَبلُ والكَنِيفُ والأشجارُ، لأن الدارَ اسمٌ لما أُدِيرَ عليه الحُدودُ، وأنه يَدُور على جميع ما ذكرنا.

والبستانُ إذا كان خارجَ الدار إن كان أصغرَ منها دَخَلَ لأنه من توابع الدار عُرْفاً، وإن كان مثلها أو أكبَرَ لا يدخلُ إلا بالشرط لخروجه عن الحُدود. وتدخُلُ الظُّلَّـةُ عندهما إذا كان مفتحُها إليها، لأنها تُعَدُّ من الدار عُرْفاً، وعند أبـي حنيفةَ لا تدخل، لأن أحَدَ طرفيها على حائطِ الدار فيَتْبعُها، والطرَفَ الآخرَ على دارٍ أخرى أو على أسْطُوانةٍ فلا يتْبَعُها، فلا تدخُلُ بالشك حتى تذكرَ الحقوقُ، والظُّلَّة: هي التي على ظَهْر الطريق وهو السَّاباط، ويدخُلُ الطريقُ إلى السِّكَّة لأنه لا بدَّ منه.

ولو اشترى منزلاً فوقَه منزلٌ لا يدخل إلا أن تُذكَرَ الحقوقُ أو كلُّ قليلٍ وكثير، لأن المنزل اسمٌ لما يَشتَمِل عليه مرافقُ السُّكْنَى، لأنه من النزول وهو السُّكنى، والعُلُوُّ مثلُ السُّفْل في السُّكْنى من وجهٍ دون وجهٍ، فيكون تَبَعاً من وجهٍ، أصلاً من وجهٍ، فإن ذَكَر الحقوق، دخَلَ، وإلا فلا.

ولو اشترى بيتاً لا يدخُلُ العُلوُّ وإن ذَكَر الحقوق حتى يَنُصَّ عليه، لأن البيتَ ما يُبات فيه، وعُلُوُّه مثلُه في البَيتوتةِ، فلا يدخلُ فيه إلا بالشَّرْط.

ويجُوزُ بَيعُ الثَّمَرَة قَبلَ صَلاحِها، ويجِبُ قَطْعُها لِلحالِ، وإنْ شَرَطَ تَرْكَها على الشَّجَرِ فَسَدَ البَيعُ. ....

قال: (**ويجُوزُ بَيعُ الثَّمَرَة قَبلَ صَلاحِها**) والمرادُ إذا كانت يُنْتَفَع بها للأكل أو للعَلَف لأنه مالٌ متقوَّمٌ منتَفَعٌ به، أما إذا لم يكن منتَفَعاً بها لا يجوزُ، لأنه ليس بمالٍ متقوَّمٍ.

(**ويجِبُ قَطْعُها لِلحالِ**) ليتفرَّغ ملكُ البائع.

(**وإنْ شَرَطَ تَرْكَها على الشَّجَرِ فَسَدَ البَيعُ**) لأنه إعارةٌ أو إجارةٌ في البيع، فيكون صفقتين في صَفْقةٍ وأنه منهيٌّ عنه، وكذا الزرعُ في الأرض، وإن تَرَكها بأمرِه بغيرِ شرطٍ جازَ وطابَ الفَضْلُ، وإن كان بغير أمرِه تصدَّق بالفَضْل لحُصولِه بأمرٍ محظورٍ، وإن استأجَرَ الشجرَ طابَ له الفَضْلُ لوجود الإذنِ، وبَطَلَتِ الإجارةُ لأنه غير معتادٍ، وكذا إذا اشتراها بعدَ ما تناهى عِظَمُها يجبُ القطعُ للحال لما قلنا، فإن تركها طاب الفَضْلُ ولم يتصدَّقْ بشيءٍ بكلِّ حالٍ، لأنه لا زيادةَ، وإنما هو تغيرُ وصفٍ، فإن شَرَطَ بقاءَها على الشجر جازَ عند محمدٍ استحساناً، للعُرْفِ، بخلاف ما إذا لم تَتَناه في العِظَم، لأنه يزدادُ بعد ذٰلك، فقد اشتَرَطَ الجزء المعدومَ فلا يجوز.

فإن خَرَج بعضُ الثمرةِ أو خَرَجَ الكلُّ لكنَّ بعضَه منتفعٌ به لا يجوزُ البيعُ للجَمْع بين الموجود والمَعدُوم والمتقوَّم وغير المتقوَّم، فتبقى حصةُ الموجودِ مجهولةً، وكان شمسُ الأئمةِ الحُلْواني والإمامُ أبو بكرٍ محمدُ بنُ الفَضْل البُخاري رحمهما الله يُفتيان بجوازِه في الثمار

ولا يجوزُ أن يَبيعَ ثَمَرةً، ويَستَثنِيَ منها أرطالاً مَعلُومَةً. ويَجُوزُ بَيعُ الحِنطَةِ في سُنبُلِها، والباقِلاّءِ في قِشْرِه، ....

والباذِنجان ونحوهما، جَعَلا المعدومَ تَبَعاً للموجود للتعامُلِ دفعاً للحَرَج بالخروج عن العادة، وعن محمدٍ الجوازُ في بيع الوردِ لأنه متلاحِقٌ، قال شمسُ الأئمةِ السَّرخَسي: والأوّلُ أصحُّ إذ لا ضرورةَ في ذلك، لأنه يمكنُ أن يشتري أصولَها أو يشتري الموجودَ بجميع الثمنِ، ويُحلُّ له البائعُ ما يحدُثُ، ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثَمَراً آخرَ قبل القَبْضِ فسَدَ البيع لتعذُّر التمييز قبلَ التسليم، وإن أثمرتْ بعدَ القَبْضِ يشتركان، والقولُ للمشتري في قَدْره لأنه في يدِه وهو منكِرٌ.

قال: (**ولا يجوزُ أن يَبيعَ ثَمَرةً، ويَستَثني منها أرطالاً مَعلُومَةً**) لجهالة الباقي، وقيل: يجوزُ لجواز بيعِه ابتداءً، والأصلُ أن ما جاز بيعُه ابتداءً يجوزُ استثناؤُه كبَيعِ صُبْرَةٍ إلا قفيز، وقفيز من صُبْرَةٍ، بخلاف الحَمْل وأطراف الحَيَوان حيث لا يجوزُ استثناؤه لأنه لا يجوزُ بيعه ابتداءً.

قال: (**ويَجُوزُ بَيعُ الحِنطَةِ في سُنبُلِها والباقِلاّءِ في قِشْرِه**) وكذا السِّمْسِم والأَرُز والجَوز واللَّوز لما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع السُّنْبل حتى يَبْيَضَّ ويأمنَ العاهة[1]، ولأنه مالٌ منتَفَعٌ به، فيجوز بيعُه،

---

(١) أخرجه من حديث ابن عمر مسلم (١٥٣٥)، وهو في «المسند» (٤٤٩٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٩٤).

ويجُوزُ بَيعُ الطَّرِيقِ وهِبَتُه، ولا يجُوزُ ذٰلك في المَسِيلِ. ومَن اشتَرى سِلْعَةً بثَمَنٍ سَلَّمَه أوّلاً، إلاَّ أن يكُونَ مُؤَجَّلاً، وإنْ باعَ سِلْعةً بِسِلْعةٍ أو ثَمَناً بِثمَنٍ سَلَّما معاً، ولا يجُوزُ بَيعُ المَنقولِ قبلَ القَبْضِ.

وعلى البائع تخليصُه بالدِّياس والتَّذْريةِ، وكذا قطنٌ في فِراشٍ، على البائع فَتْقُه، لأنَّ عليه تسليمَه. أما جُذاذُ الثمرةِ وقَطْعُ الرَّطَبَة وقَلْعُ الجزَرِ والبَصَل وأمثالِه على المشتري، لأنه يعمَلُ في مُلكِه وللعُرْف.

قال: (**ويجُوزُ بَيعُ الطَّرِيقِ وهِبَتُه، ولا يجُوزُ ذٰلك في المَسِيلِ**) لأن الطريقَ موضعٌ من الأرض معلومُ الطولِ والعَرْضِ فيجوز، والمَسِيلُ: موضع سَيَلان الماء، وهو مجهولٌ لأنه يقلُّ ويَكثُرُ.

قال: (**ومَن اشتَرى**[1] **سِلْعَةً بثَمَنٍ سَلَّمَه أوَّلاً**) تحقيقاً للمساواة بين المتعاقِدَين، لأن المَبيع يتعيَّنُ بالتَّعيين، والثمنُ لا يتعيَّن إلا بالقَبْض، فلهٰذا اشتُرِطَ تسليمُه.

(**إلاَّ أن يكُونَ مُؤَجَّلاً**) لأنه أسقَطَ حقَّه بالتأجيل، فلا يسقُطُ حقُّ الآخر.

(**وإنْ باعَ سِلْعةً بِسِلْعةٍ أو ثَمَناً بِثَمَنٍ سَلَّما معاً**) تسويةً بينهما.

قال: (**ولا يجُوزُ بَيعُ المَنقولِ قَبلَ القَبْضِ**) لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يُقْبَض[2]، ولأنه عساه يَهْلِكُ فينفسِخُ البيعُ فيكون غَرَراً،

---

(١) في (س) و(م): باع، وكتب فوقها في (س): اشترى، وأشير عليها بعلامة صح.

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٢١٣٥)، ومسلم (١٥٢٥)، وهو في «المسند» (١٨٤٧). =

وكذا كلُّ ما ينفسِخُ العقدُ بهلاكِه كبَدَلِ الصُّلْح والأُجرةِ لما ذكرنا، وما لا ينفسِخُ العَقدُ بهلاكه يجوزُ التصرّفُ فيه قبلَ القبضِ كالمَهْر وبَدَلِ الخُلْع والصلح[1] عن دَمِ العَمْد لأنه لا غَرَرَ فيه.

قال: (ويجُوزُ بَيعُ العَقَارِ قَبلَ القَبْضِ) وقال محمد: لا يجوزُ لإطلاق ما روينا، وقياساً على المنقول، ولهما أن المَبيع هو العَرْصَةُ، وهي مأمونةُ الهلاك غالباً فلا يتعلَّقُ به غررُ الانفساخ، حتى لو كانت على شطِّ البحر، أو كان المَبيعُ عُلُوّاً لا يجوزُ بيعُه قبل القبض، والمُراد بالحديثِ النَّقْليُّ، لأن القبضَ الحقيقيَّ إنما يتصورُ فيه وعملاً بدلائل الجَواز، ثم إن كان نَقَدَ الثمنَ في البيع الأوّل، فالثاني نافذٌ وإلا

= وأخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٢١٣٣)، ومسلم (١٥٢٦) (٣٥) و(١٥٢٧) (٣٦)، وهو في «المسند» (٥٠٦٤)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٧٩).

قال القرطبي المحدّث، وقد ذكر هذا الحديث وما هو من بابته: هذه الأحاديث حجة على عثمان البتي، حيث أجاز بيع كل شيء قبل قبضه، وقد أخذ بظاهرها مالك، فحمل الطعام على عمومه، وألحق بالشراء جميعَ المعاوضات، وألحق الشافعي وابن حبيب وسحنون بالطعام كلَّ ما فيه حق توفية، وزاد أبو حنيفة والشافعي فعدَّياه إلى كل مُشْتَرٍ، إلا أن أبا حنيفة استثنى العقار وما لا ينقل، وفي صفة القبضِ عن الشافعي تفصيل: فما يُتناول باليد، كالدراهم والدنانير والثوب، فقبضُه بالتناول، وما لا يُنقل كالعقار والثمر على الشجر فقبضُه بالتخلية، وما يُنقَلُ في العادة كالأخشاب والحبوب والحيوان فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، وفيه قول: إنه يكفي فيه التخلية، أفاده صاحب «الفتح» ٤/ ٣٥٠.

(١) في (م): والصفح، والمثبت من (س).

ويجُوزُ التَّصَرُّفُ في الثَّمَنِ قَبلَ قَبضِه، ويجُوزُ الزيادَةُ في الثَّمَنِ (ز) والسِّلعَةِ (ز) والحَطُّ من الثَّمَنِ، ويَلتَحِقُ (ز) بأَصلِ العَقْدِ. . . . .

فموقوفٌ كبيع المَرْهون والإجارة على هٰذا الاختـلاف، وقيل: لا يجوزُ بالاتفاق، لأن المعقودَ عليه المنافعُ، وهلاكُها غيرُ نادرٍ بهلاك البناء.

قال: (**ويجُوزُ التَّصَرُّفُ في الثَّمَنِ قَبلَ قَبضِه**) لقيام المُلكِ، ولا يتعينُ بالتعيين فلا يكونُ فيه غررُ الانفساخ.

قال: (**ويجُوزُ الزيادَةُ في الثَّمَنِ والسِّلعَةِ، والحَطُّ من الثَّمَنِ، ويَلتَحِقُ بأَصلِ العَقْدِ**) وقال زفر: هي مبتدأةٌ، لأنه لا يمكنُ جعلُه ثمناً ومثمَّناً، لأنه يصيرُ ملْكُه عِوَضَ ملْكِه فجعلناه هبةً مبتدأة. ولنا أن بالزيادةِ والحطِّ غيَّرا وَصْفَ العَقدِ من الربح إلى الخُسْران أو بالعكس، وهما يَملِكان إبطالَه فيملِكان تغييرَه، ولا بد في الزيادة من القَبول في المجلسِ لأنها تمليكٌ، ولا بدَّ أن يكونَ المعقودُ عليه قائماً قابلاً للتصرُّفِ ابتداءً، حتى لا يَصِحَّ في الثَّمن بعدَ هلاكِه، ويصحُّ الحطُّ بعدَ هلاك المَبيع، لأنه إسقاطٌ محضٌ، والزيادةُ إثباتٌ، ولو حطَّ بعضَ الثمن والمبيعُ قائمٌ التَحَقَ بأصلِ العَقد، وإن حطَّ الجميعَ لم يلتَحِقْ لأنه يصيرُ الثمنُ كأن لم يكن فيبطُلُ الحطُّ، وإذا صحَّتِ الزيادةُ يصيرُ لها حُصَّةٌ من الثمن، فيظهرُ ذٰلك في المُرابحةِ والتَّوليةِ، ولو هلكتْ قبلَ القبضِ سَقَطَ حصَّتُها من الثمن.

وَمَن باعَ بِثَمَنٍ حالٍّ ثُمَّ أَجَّلَه صَحَّ. ومَن مَلَكَ جارِيَةً يَحْرُمُ عليه وَطْؤُها ودَوَاعِيه حتَّى يَستَبرِئَها بحَيضَةٍ أو شَهرٍ أو وَضْعِ الحَمْلِ.

قال: (**وَمَن باعَ بِثَمَنٍ حالٍّ ثُمَّ أَجَّلَه صَحَّ**) لأنه حقُّه، ألا تَرى أنه يملِكُ إسقاطَه فيملِكُ تأجيلَه؟ وكلُّ دَينٍ حالٍّ يصحُّ تأجيلُه لما ذكرنا إلا القَرْضَ لأنه صلةٌ ابتداءً، حتى لا يجوز ممن لا يملِكُ التبرعاتِ، والتأجيلُ في التبرعات غيرُ لازمٍ كالإعارةِ معاوضةً انتهاءً، ولا يجوزُ التأجيلُ فيه، لأنه يصيرُ بيعَ الدِّرهمِ نسيئةً وأنه حرامٌ.

قال: (**وَمَن مَلَكَ جارِيَةً يَحْرُمُ عليه وَطْؤُها ودَوَاعِيه حتَّى يَستَبرِئَها بحَيضَةٍ أو شَهرٍ أو وَضْعِ الحَمْلِ**) وأصلُه قوله عليه الصلاةُ والسلامُ في سبايا أوطاسٍ: «ألا لا تُوطأُ الحَبالى حتى يَضَعْنَ حملَهنَّ، ولا الحَيالى حتى يُسْتَبْرَأْنَ بحيضةٍ»[1] نهى عن وَطْءِ النساء المملوكاتِ بالسَّبي إلى

---

(١) أخرج الدارقطني بسند قوي (٣٦٤٠) من طريق سفيان بن عيينة، عن عمرو بن مسلم الجندي، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع، أو حائل حتى تحيض.

وأخرج مرسلاً بإسناد صحيح ابن أبي شيبة ٣٦٩/٤: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن داود، قال: قلت للشعبي: إن أبا موسى نهى يوم فتح تُسْتَرَ: لا تُوطأ الحبالى، ولا يُشارك المشركون في أولادهم، فإن الماء يزيد في الولد، أشيء قاله برأيه أو شيء رواه عن النبي ﷺ؟ فقال: نهى رسول الله ﷺ يوم أوطاس أن تُوطأ حامِلٌ حتى تضع، أو حائل حتى تُستبرأ.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٩٠٣) عن معمر، عن عمرو بن مسلم - وهو ضعيف يعتبر به - عن طاووس قال: أرسل النبي ﷺ منادياً في بعض مغازيه لا يقعن رجلٌ على حامل ولا حائلٍ حتى تحيض. =

غايةِ الاستبراء، فيتعلَّقُ الحكمُ به عند تجدُّد المُلْكِ بأيِّ سببٍ كان، كالشراءِ والهبةِ والوصيَّةِ والميراثِ ونحوها، والشهرُ كالحيضةِ عند عَدَمِها لما عُرِف، وإن حاضت في أثناءِ الشهرِ انتَقَل إلى الحيضةِ كما في العِدَّةِ.

والمعتبرُ ما يوجدُ بعدَ القبض، حتى لو حاضَتْ أو وَضَعَتْ قبلَ القبضِ يجبُ الاستبراءُ، وكما يحرُمُ الوطءُ يحرُمُ دواعيه احترازاً عن الوُقوع فيه كما في العِدَّة، بخلافِ الحيض، لأن الحُرمةَ للأذى ولا أَذَى في الدَّواعي.

ومَن وطِيءَ جاريتَه ثم أرادَ أن يبيعَها أو يزوِّجها يُستحبُّ له أن يستبرِئَها، وإن لم يستبرِئْها، فالأحسنُ للزَّوج أن يستبرِئَها.

= وأخرج أبو داود (٢١٥٧)، وهو في «المسند» (١١٢٢٨) من حديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال في سبي أوطاس: لا يقعُ على حامل حتى تضع، وغير حامل حتى تحيض حيضة» وهو حديث صحيح لغيره.

وأخرجه مرسلاً عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٩٠٤) أخبرنا سفيان الثوري، عن زكريا، عن الشعبي، قال: أصاب المسلمون نساءً يوم أوطاس، فأمرهم النبي ﷺ أن لا يقعوا على حامل حتى تضعَ، ولا على غير حامل حتى تحيض حيضة.

وانظر حديث ابن عباس في «المسند» (٢٣١٨) بلفظ: ليس منا من وَطِئَ حُبْلَى. وانظر فيه تتمةَ أحاديث الباب.

و«الحيالى»: جمع حائل، وهي الأنثى التي لم تحمل.

. . . .

وأما ممتدّةُ الطُّهر، قال أبو حنيفةَ: لا يَطَؤها حتى يتيقَّنَ بعدم الحبل، وروي عنه: سنتان وهو الأحوطُ، وهو قولُ زُفر، لأن الولدَ لا يبقَى أكثَرَ من سنتين على ما عُرف. وعنه: أربعةُ أشهرٍ وعشرةُ أيامٍ، وهو قول محمدٍ لأنها عدَّةُ الوفاةِ للحُرَّة تُعرَفُ بها براءةُ الرَّحِم، وعن محمد شهرانِ وخمسةُ أيامٍ لأنه عدّةٌ للأمة، وعن أبي حنيفة ـ وهو قولُ أبي يوسف ـ ثلاثةُ أشهرٍ لأنها تُعرَف بها براءةُ الرَّحِم في حقِّ الآيسةِ والصغيرةِ، وعند الشافعي أربعُ سنين، لأنه أكثرُ مدّةِ الحمل عندَه، وقال أبو مُطيعٍ البَلْخيُّ: تسعةُ أشهرٍ لأنه المُعتادُ في مدّةِ الحَمْل[1].

ويجبُ الاستبراءُ إذا حَدَثَ له ملكُ الاستمتاع بملكِ اليمين، سواءٌ وطِئَها البائعُ أو لا، أو كان بائعُها ممَّن لا يطأُ كالمرأةِ والصغيرِ والأخِ من الرَّضاع، وكذا إن كانت بِكْراً. وعن أبي يوسف أنه لا استبراءَ في هٰذه الصورة، وهو قولُ مالكٍ، وعلى هٰذا الخلاف إذا حاضت في يدِ البائع بعدَ البيع قَبْلَ القبض لأن الاستبراءَ للتعرُّف عن براءةِ الرّحِم وهي ثابتةٌ في هٰذه الصور ظاهراً. وجْهُ الأوّل أن سببَ الاستبراءِ الإقدامُ على الوَطْءِ في ملكٍ متجدّدٍ بملك اليمين، وحكمتُه التعرُّف عن براءةِ الرَّحِم، والحُكْمُ يُدار على السببِ لا على الحِكمةِ.

ولو اشترى امرأتَه فلا استبراءَ لأنه لا يجبُ صيانةُ مائِه عن مائِه.

---

(١) وهذا هو الصواب، لأن الطفل بعد الأشهر التسعة يموت إذا لم يخرج من رحم أمه في أثناء الشهر العاشر كما قال صاحبنا الدكتور محيي الدين كحالة.

ويجُوزُ بَيعُ الكَلْبِ والفَهْدِ والسِّباعِ مُعَلَّماً كانَ أو غيرَ مُعَلَّمٍ.

وأهلُ الذِّمَّةِ في البَيعِ كالمُسلِمينَ، ....

قال: (ويجُوزُ بَيعُ الكَلْبِ والفَهْدِ والسِّباعِ مُعَلَّماً كانَ أو غيرَ مُعَلَّمٍ) لأنه حيوانٌ منتَفَعٌ به حراسةً واصطياداً، فيجوزُ، ولهٰذا ينتقلُ إلى مُلْكِ الموصَى له والوارثِ، بخلاف الحشراتِ كالحيَّةِ والعقربِ والضَّبِّ والقُنفُذِ ونحوِها، لأنه لا يُنتَفَع بها. وعن أبي يوسف: أنه لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العقورِ لأنه ممنوعٌ عن إمساكِه مأمورٌ بقتلِه، ويجوزُ بيعُ الفيل. وفي بيع القِرْدِ روايتان عن أبي حنيفةَ، والأصحُّ الجوازُ لأنه يُنتَفَعَ بجلدِه. وعن أبي حنيفةَ جوازُ بيع الحيِّ من السَّرَطان والسُّلَحْفاة والضِّفْدَع دون الميتِ منه. ويجوزُ بيع العَلَقِ لحاجةِ الناس إليه.

قال: (وأهلُ الذِّمَّةِ في البَيعِ كالمُسلِمينَ) لقوله عليه السلام: «إذا قَبلوا الجِزْيَةَ فأعلِمْهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»[1].

---

(١) هٰذا خطأ من المصنف، قلّد فيه صاحب الهداية، ونبه على ذٰلك الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٥٥ فقال: لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف. قلنا: و الصواب أنه ﷺ إنما قال ذٰلك في حق من دخل الإسلام منهم، فقد أخرج ابن الجارود في «المنتقى» (١٠٤٢) من حديث بريدة وفيه: ... وإذا لقيت عدوك من المشركين، فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال أو خلال، فإن هم أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين... فإن هم أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن هم فعلوا، فاقبل منهم، وكُفَّ عنهم، فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم... الحديث. =

ويَجُوزُ لهم بَيعُ الخَمْرِ والخِنزِيرِ.

(**ويَجُوزُ لهم بَيعُ الخَمْرِ والخِنزِيرِ**) لأنه من أعزِّ الأموال عندَهم، وقد أُمرنا أن نترُكَهم وما يَدِينون[1]، يُؤيدُه قولُ عمر رضي الله عنه: ولُّوهم بيعَها[2].

= وهو عند مسلم (١٧٣١) وفيه: . . . وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال، فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، ثم ادعهم إلى الإسلام، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين، وأخبرهم أنهم إن فعلوا ذلك، فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين. . . فإن هم أبوا فسلهم الجزية، فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم. . . الحديث. وهو في «المسند» (٢٢٩٧٨). وانظر تمام تخريجه فيه.

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢١٥، وبيض له، وسيأتي ص٥٧٧.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٤٨٥٣) و(١٩٣٩٦) عن سفيان الثوري، عن إبراهيم بن عبد الأعلى الجعفي، عن سويد بن غفلة قال: بلغ عمر بن الخطاب أن عماله يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثاً، فقال له بلال: إنهم ليفعلون ذٰلك، قال: فلا تفعلوا ولكن ولوهم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم، فباعوها وأكلوا أثمانها ورجاله ثقات. ورواه كذٰلك أبو عبيد في «الأموال» ص٢٩، وقال فيه: ولوهم بيعها، وخذوا أنتم من الثمن. . . قال أبو عبيد: كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنازير من جزية رؤوسهم، وخراج أرضيهم بقيمتها، ثم يتولى المسلمون بيعها، فهٰذا الذي أنكره بلال ونهى عنه عمر، ثم رخص لهم أن يأخذوا ذٰلك من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها، لأن الخمر والخنازير مال من أموال أهل الذمة، ولا تكون مالاً للمسلمين.

ويجُوزُ بَيعُ الأخْرَسِ، وسائِرُ عُقُودِه بالإشارَةِ المَفهُومَةِ. ويَجُوزُ بَيعُ الأعمَى وشِراؤُه، ....

قال: (ويجُوزُ بَيعُ الأخْرَسِ، وسائِرُ عُقُودِه بالإشارَةِ المَفهُومَةِ) ويُقتصُّ[1] منه وله، ولا يُحَدُّ للقَذْف ولا يُحدُّ له، وكذٰلك إذا كان يكتبُ، لأن الكتابةَ من الغائب كالخِطاب من الحاضر، والنبيُّ عليه السلام أُمِرَ بتبليغ الرسالة، وقد بلَّغ البعضَ بالكتاب، وإنما جاز ذٰلك لمكان العَجز، والعَجْزُ في الأخرس أظهرُ، ولا يجوز ذٰلك فيمن اعتُقِلَ لسانُه أو صَمَتَ يوماً، لأن الإشارةَ إنما تُعتَبَرُ إذا صارت معهودةً ومعلومةً، فمن كان كذٰلك، فهو بمنزلةِ الأخرس، بخلاف الحُدودِ، لأنها تَنْدرِئُ بالشُّبُهات.

قال: (ويَجُوزُ بَيعُ الأعمَى وشِراؤُه) لأن الناسَ تعاهدوا ذٰلك من لَدُنِ الصَّدْرِ الأوّل إلى يومِنا هٰذا، ومن الصحابة رضي الله عنهم مَن عَمِيَ وكان يتولَّى ذٰلك من غير نكيرٍ، والأصلُ فيه حديث حَبَّان بن مُنْقِذ، وهو ما رواه عمرُ رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «إذا ابتَعْتَ، فقلْ: لا خِلَابَةَ وليَ الخِيارُ ثلاثةَ أيامٍ» وكان أعمَى ذَكَره الدارقطني[2].
ولأن مَن جاز له التوكيلُ جازَ له المباشرةُ كالبَصِير.

---

(١) تصحفت في (س) إلى: «ويقبض»، والمثبت من (م).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣٠٠٧) من طريق عبد الله بن لهيعة، عن حبان بن واسع، عن طلحة بن يزيد بن ركانة: أنه كلم عمر بن الخطاب في البيوع، قال: ما أجد لكم شيئاً أوسعَ مما جعل رسولُ الله ﷺ لحبَّانَ بن منقذ، إنه كان=

ويَثبُتُ له خِيارُ الرُّؤْيَةِ ويَسقُطُ خيارُه بِجَسِّ المَبيعِ أو بشَمِّه أو بذَوقِه، وفي العَقارِ بوَصْفِه.

(**ويَثبُتُ له خِيارُ الرُّؤْيَةِ**) لأنه اشتَرى ما لم يَرَه على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

(**ويَسقُطُ خيارُه بِجَسِّ المَبيعِ أو بشَمِّه أو بذَوقِه، وفي العَقارِ بوَصْفِه**) وفي الثوب بذِكرِ طولِه وعَرْضِه لأنه يحصُلُ له بذٰلك العلم بالمشتَرَى، كالنَّظَر من البصير، وبَلْ أكثر. ولو وَصَفَ له العقارَ ثم أبصَرَ فلا خيار له. ولو اشتَرى البصيرُ ما لم يَرَهُ ثم عَمِيَ فهو كالأعمى عند العَقْد.

= ضرير البصر، فجعل له رسولُ الله ﷺ عُهدة ثلاثةِ أيام، إن رضي أخذ، وإن سَخِطَ ترك. وعبد الله بن لهيعة سيئ الحفظ.

وأخرج ابن ماجه (٢٣٥٥) من طريق محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى ابن حبان، قال: هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلاً قد أصابته آمَّةٌ في رأسه فكَسَرت لسانه، وكان لا يَدَعُ على ذٰلك التجارة، وكان لا يزال يُغْبَنُ، فأتى النبي ﷺ فذكر ذٰلك له، فقال له: «إذا أنت بايعت فقل: لا خِلابة، ثم أنت في كل سِلعة ابتعتَها بالخيارِ ثلاثَ ليال، فإن رضيت فأَمْسِك، وإن سَخِطْتَ فارْدُدْها على صاحبها». ومحمد بن إسحاق مدلس وقد عنعن، ثم هو مرسل. وانظر حديث ابن عمر التالي.

وأصل الحديث في «الصحيحين» عن ابن عمر، أخرجه البخاري (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣) بلفظ: أن رجلاً ذَكَرَ للنبي ﷺ أنه يُخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعتَ فقل: لا خِلابة». وهو في «المسند» (٥٠٣٦)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٥١). وانظر حديث الباب في «المسند».

فصل

الإقالةُ جائِزَةٌ، وتَتَوقَّفُ على القَبُولِ في المَجلِسِ، . . . .

فصل

(الإقالةُ جائِزَةٌ) لقوله عليه السلام: «مَن أقال نادماً بيعتَه، أقالَه الله عَثْرتَه يومَ القيامة»[1]، ولأن للناس حاجةً إليها كحاجتِهم إلى البيعِ فتُشرَعُ، ولأنها تَرفعُ العَقْدَ فصارت كالطلاق مع النكاح.

(وتَتَوقَّفُ على القَبُولِ في المَجلِسِ) لأنها بمنزلةِ البيع لما فيها من معنى التَّمليك، وتصحُّ بلفظَين يُعبَّر بأحدِهما عن المستقبَل، لأنها لا يحضُرُها السَّومُ غالباً كالنكاح، وقال محمد: لا بدَّ من لفظين ماضِيَين، لأنها تمليكٌ بعِوَضٍ كالبيع، وجوابه ما مرَّ، ولا تصحُّ إلا بلفظِ الإقالةِ، فلو تقايَلا بلفظِ البيع كان بيعاً بالإجماع، لأن الإقالةَ تُنْبِيءُ عن الرَّفع، والبيعَ عن الإثباتِ فتنافَتَا، ولا تبطلُ بالشروط الفاسدةِ عند أبي حنيفة، وتبطلُ عند أبي يوسف.

---

(١) حديث صحيح، أخرجه بهٰذا اللفظ من حديث أبي هريرة ابن حبان في «صحيحه» (٥٠٢٩)، والقضاعي في «مسند الشهاب» (٤٥٣)، وابن الأعرابي في «معجمه» (٢٣٠).

وهو عند أبي داود (٣٤٦٠)، وابن ماجه (٢١٩٩)، وابن حبان (٥٠٣٠) بلفظ: «من أقال مسلماً أقاله الله عثرته».

وهو في «المسند» برقم (٧٤٣١) بلفظ: «من أقال عثرة أقاله الله يوم القيامة» وإسناده صحيح.

وهي فَسْخٌ في حَقِّ المُتَقاعِدَينِ (سم) بَيعٌ جديدٌ في حَقّ ثالِثٍ (ز)، . . . . . .

قال: (**وهي فَسْخٌ في حَقِّ المُتَقاعِدَينِ، بَيعٌ جديدٌ في حَقّ ثالِثٍ**) عند أبي حنيفةَ، فإن تعذَّر جعلُها فسخاً بَطَلَتْ، وقال أبو يوسف: بيعٌ جديدٌ في حقِّ الكُلِّ، فإن تعذَّر ففسخٌ، فإن لم يمكن بَطَلَ، وقال محمد: فسخٌ، فإن تعذَّر فبيعٌ، فإن لم يمكن بَطَلَ، وقال زفر: فسخٌ في حقِّ المتعاقِدَين وغيرهما، وصورته: لو تقايَلا قبل القَبضِ فهو فسخٌ بالإجماع، ويبطُلُ شرطُ الزيادةِ والنقصانِ، أما عندهما فظاهرٌ، وكذا عند أبي يوسف لأنه تعذَّر جعلُه بيعاً إلا في العَقَار حيث يجوزُ بيعُه قبلَ القبض عندَه. ولو تقايَلا بعدَ القبضِ فهو فسخٌ عند أبي حنيفةَ، ويلزمُه الثمنُ الأوَّلُ جِنْساً ووصفاً وقَدْراً.

ويبطُلُ ما شرطُه من الزيادةِ والنقصانِ والتأجيلِ والتَّغييرِ، لأن الإقالةَ رفعٌ فتقتضي رفعَ الموجود، والزيادةُ لم تكن فلا ترتفعُ إلا إذا حَدَثَ بالمَبيع عيبٌ، فيجوزُ بأقلَّ من الثمنِ الأوّلِ، لأن النُّقصان في مقابلةِ العَيبِ، ولو حدثتِ الزيادةُ في المَبيع كالولَدِ ونحوه بعدَ القَبض بَطَلَتِ الإقالةُ عندَه لتعذُّر الفسخِ بسبب الزيادةِ، وعند أبي يوسف: الإقالةُ جائزةٌ بما سَمَّيا كالبيعِ الجديدِ، وحدوثُ الزيادةِ بعدَ القَبْضِ لا يمنعُ ذٰلك، وعند محمد: إن سَكَتَ أو سَمَّى الثمنَ الأوّلَ أو أقلَّ أو دَخَله عيبٌ فهو فسخٌ إذا سمَّى الأقلَّ لأنه سكوتٌ عن البعض، ولو سَكَتَ عن الكُلِّ كان فسخاً فكذا عن البعضِ، وأما إذا ذَكَر الثمنَ الأوَّلَ فظاهر، وأما إذا دَخَلَه عيبٌ فلما مرَّ، وإن سَمَّيا أكثرَ أو خلافَ الجِنس

أو حدثتِ الزيادةُ فهو بيعٌ جديدٌ لتعذُّر الفَسخ. وجه قولِ محمدٍ أنه فسخٌ بصيغتِه، لأنَّ الإقالةَ تنبئُ عن الرَّفع، ومنه: أقِلْنِي عَثْرَتي بمعنى الرَّفعِ والإزالةِ، وفيه معنى البَيع لكونهِ مبادلةَ المالِ بالمالِ، فإذا أمكَنَ العملُ بالصِّيغة يُعمَلُ بها وإلا يُعمَل بالمعنى، فإذا سَكَتَ أو سمَّى الثمنَ الأوّلَ أو أقلَّ منه أو دخَلَه عيبٌ، فقد أمكَنَ العملُ بالصيغةِ لما بيَّنا. ولأبي يوسف أنه بيعٌ لأنه مبادلةُ المال بالمال عن تراضٍ فيُعمَل به إلا إذا تعذَّر فيُعمل بالصِّيغة، وإنما يتعذَّر عنده في الإقالة في المنقولِ قبلَ القبضِ على ما تقدَّم، ولأبي حنيفة: أن الإقالةَ تُنبىءُ عن الفَسخ والإزالةِ لما بيَّنا، فلا تحتملُ معنى آخرَ نفياً للاشتراك، والأصلُ العملُ بحقيقةِ اللفظ، فإذا تعذَّر لا يُجعلُ بيعاً مبتدأً لأنه ضدُّ الرَّفع فيبطُلُ.

وأما كونُه بيعاً في حقِّ ثالثٍ وهو الشفيع، وصورتُه: باع داراً فسلَّم الشفيعُ الشفعةَ ثم تقايَل البائعُ والمشتري، فللشفيع الشفعةُ خلافاً لزفر، لأن ما هو فسخٌ في حقِّهما فهو فسخٌ في حقِّ غيرهما كالردِّ بخيار الشرط، وجوابُه أن الإقالة نقلُ ملكٍ بإيجابٍ وقَبولٍ بعِوَضٍ ماليٍّ، وهو سببُ وجوب الشُّفعة، وهما عبَّرا عنه بالإقالة لإسقاطِ حقِّه، ولا يملكان ذٰلك، وكذا لو وَهَبه شيئاً وقَبَضَه، فباعَه الموهوبُ له، ثم تقايَلا، ليس للواهب الرجوعُ، ويصيرُ الموهوبُ له كالمشتري.

قال: (**وهَلاكُ المَبيعِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الإقالَةِ**) لأن الفسخَ يقتضي قيامَ البيعِ وهو ببقاء المَبيع.

وهَلاكُ بَعضِه يَمنَعُ بِقَدْرِه، وهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ.

باب الخِيارات

خِيارُ الشَّرطِ جائزٌ لِلمُتَبايعَينِ ولأَحدِهِما ثلاثَةَ أيّامٍ فما دُونها ولا يجُوزُ أكثرَ من ذلك (سم)، . . . .

(وهَلاكُ بَعضِه يَمنَعُ بِقَدْرِه) لقيام البيع في الباقي.

(وهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ) لقيام البيع بدونِه، وإن تقايضا فهلاكُ أحدهما لا يمنعُ الإقالةَ، لأن كلَّ واحد منهما مَبيعٌ، فيكون البيع قائماً، ويَردُّ قيمةَ الهالك أو مثلَه، لأنه إذا انفسَخَ في الباقي ينفسخُ في الهالك ضرورةً، وقد عَجَزَ عن ردِّه فيرُدُّ عِوضَه، ولو هلك العِوَضان لا تصحُّ الإقالةُ، وتصحُّ لو هَلَكَ البدلان في الصَّرف، والفرقُ أن العقدَ يتعلَّقُ بالعين في العُروض دون الأثمان فكذا الإقالةُ، والله أعلم.

باب الخِيارات

(خِيارُ الشَّرطِ جائزٌ لِلمُتَبايعَينِ، ولأَحدِهِما ثلاثَةَ أيّامٍ فما دُونها) والأصلُ فيه قوله عليه السلام لِحَبَّان بن مُنْقِذ ـ وكان يُخدَعُ في البياعات ـ: «إذا ابتعتَ فقل: لا خِلابةَ، وليَ الخِيارُ ثلاثةَ أيامٍ»[1].

(ولا يجُوزُ أكثرَ من ذلك) وهو قول زفر، وقالا: يجوزُ إذا ذَكَرَ مدَّةً معلومة، لأن الخيارَ شُرع نظراً للمتعاقِدَين للاحتراز عن الغَبْنِ والظُّلامةِ، وقد لا يحصلُ ذلك في الثلاثِ فيكون مفوَّضاً إلى رأيه،

---

(١) صحيح وقد سلف تخريجه ص٢٣.

. . . .

ومذهبهما منقولٌ عن ابن عمرَ رضي الله عنه، ولأبي حنيفة: أن الأصلَ ينفي جوازَ الشرط لما فيه من نفي ثُبوتِ المُلْكِ الذي هو موجَبُ العَقْدِ، فلا يصحُّ كسائر موجبات العقدِ، وكذلك النصُّ ينفيه، وهو قوله عليه السلام لعتَّاب بن أسيد حين بعثَه إلى مكة: «انْهَهُمْ عن بيعٍ وشرطٍ، وبيعٍ وسَلَفٍ»[1]. وروي أنه عليه السلام نهى عن بيعٍ

(١) أخرجه ابن قانع في «معجم الصحابة» ٢/ ٢٧٠ من طريق أبي حنيفة، عن يحيى بن عامر، عن رجل، عن عتاب بن أسيد: أن رسول الله ﷺ بعثه إلى مكة فقال: «انههم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في بيع وسلف». وفي إسناده رجل مبهم.

وأخرج الحاكم في «مستدركه» ٢/ ١٧ من طريق يزيد بن زريع الرملي، عن عطاء الخراساني، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قلت: يا رسول الله إني أسمع منك أشياء أخاف أن أنساها، أفتأذن لي أن أكتبها؟ قال: «نعم» قال: فكان فيما كتب عن رسول الله ﷺ أنه لما بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة، قال: «أخبرهم أنه لا يجوز بيعان في بيع، ولا بيع ما لا يملك، ولا سلف وبيع، ولا شرطان في بيع».

وأخرج الطبراني في «الأوسط» (٩٠٠٣)، والبيهقي في «السنن» ٥/ ٣١٣ من طريق يحيى بن بكير عن يحيى بن صالح الأيلي، عن إسماعيل بن أمية، عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد: «إني قد بعثتك على أهل الله، أهل مكة، فانههم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في شرط، وعن بيع وقرض، وعن بيع وسلف».

قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٨٥: وفيه يحيى بن صالح الأيلي، قال الذهبي: روى عنه يحيى بن بكير مناكير، قلت: ولم أجد لغير الذهبي فيه كلاماً، وبقية رجاله رجال الصحيح. =

. . . .

وَشرطٍ[١]، إلا أنا عَدَلْنا عن هٰذه الأصول وقلنا بجوازِه ثلاثةَ أيامٍ لما

= وأخرج البيهقي في «السنن» ٥/ ٣١٣ من طريق سعيد بن يحيى بن سعيد الأموي، عن أبيه، عن محمد بن إسحاق، عن عطاء، عن صفوان بن يعلى، عن أبيه قال: استعمل النبي ﷺ عتاب بن أسيد على مكة، فقال: «إني قد أمرتك على أهل الله عز وجل بتقوى الله عز وجل، ولا يأكُلْ أحد منهم من ربح ما لم يضمن، وانههم عن سلف وبيع، وعن الصفقتين في البيع الواحد، وأن يبيع أحدهم ما ليس عنده».

وأخرج الطبراني في «الأوسط» (٤٣٥٨) من طريق محمد بن سليمان الذهلي، عن عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة قلت: ما تقول في رجل باع بيعاً وشرط شرطاً؟ قال: البيع باطل والشرط باطل... فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط. البيع باطل والشرط باطل... إلخ. قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٨٥: وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال!.

وأخرج الطبراني في «الكبير» ١٧/ (٤٢٥) من طريق موسى بن عبيدة الربذي ـ وهو ضعيف ـ عن أخيه عبد الله بن عبيدة عن عتاب بن أسيد: أن النبي ﷺ قال له حين أَمَّرَه على مكة: «هل أنت مبلغ عني قومك ما آمرك به؟ قل لهم: لا يجمع أحد بيعاً ولا سلماً ولا يبع أحد بيع غرر، ولا يبع أحد ما ليس عنده».

وانظر ما بعده.

(١) أخرج أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي ٧/ ٢٨٨ و٢٩٥، وهو في «المسند» (٦٦٧١) و(٦٩١٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٢١) من حديث عبد الله بن عمرو ولفظه: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك» وإسناده حسن.

وانظر ما قبله.

وَمَن له الخِيارُ لا يَفسَخُ إلاَّ بِحَضرةِ صاحِبهِ (س)، وله أن يُجيزَ بحَضرَتهِ وغَيبَتِه، . . . .

روينا من حديث حَبَّان[1]، والحاجةُ إلى دفع الغَبْنِ تندفعُ بالثلاث فبقي ما وراءَه على الأصل، والحاجةُ للبائعِ والمشتري فيثبتُ في حقهما.

ولو شَرَطَ الخيارَ أكثرَ من ثلاثةِ أيام، أو لم يبيِّن وقتاً، أو ذَكَرَ وقتاً مجهولاً فأجازَ في الثلاثِ أو أسقَطَه، أو سَقَطَ بموتِه أو بموتِ العَبْدِ، أو أعتَقَه المشتري، أو أحدَثَ فيه ما يوجِبُ لزومَ العَقْدِ ينقلب جائزاً، خلافاً لزفر، لأنه انعَقَدَ فاسداً فلا ينقلبُ جائزاً، ولأبي حنيفةَ أن المُفسدَ لم يتَّصل بالعَقْد، لأن الفسادَ باليوم الرابع، حتى إن العقدَ إنما يفسُدُ بمُضيِّ جزءٍ من اليوم الرابع فيكون العقدُ صحيحاً قبلَه، ولأنها مدَّةٌ ملحَقَةٌ بالعَقْد مانعةٌ من انبرامِه فجاز أن يَنْبَرِمَ بإسقاطه كالخِيار الصحيح، وشرطُ خيار الأبدِ باطلٌ بالإجماع.

قال: (**وَمَن له الخِيارُ لا يَفسَخُ إلاَّ بِحَضرةِ صاحِبهِ**) أي: بعِلْمِه.

(**وله أن يُجيزَ بحَضرَتهِ وغَيبَتِه**) وقال أبو يوسف: يَفسخُ بغَيبتِه أيضاً، لأن الخِيار أثبَتَ له حقَّ الإجازةِ والفَسْخ، فكما تجوزُ الإجازةُ مع غَيبتِه فكذا الفسخُ، ولهما أنه فَسْخُ عقدٍ فلا يصلُحُ من أحدِهما كالإقالةِ، بخلاف الإجازةِ لأنها إبقاءُ حقِّ الآخر فلا يحتاج إلى عِلمِه، والفسخُ إسقاطُ حقِّه فاحتاج إليه، فإن فسَخَ بغَيبَتِه فعَلِم به في المدّة تمَّ الفسخُ، وإن لم يَعْلَمْ حتى مضتِ المدّةُ تَمَّ العقدُ.

---

(١) سلف قريباً ص٢٣ و٢٨.

وخيارُ الشَّرطِ لا يُورَثُ. ومن اشتَرى عَبْداً على أنَّه خَبَّازٌ فكان بخلافِه، فإن شاءَ أخَذَه بجَمِيعِ الثَّمَنِ، وإن شاءَ رَدَّهُ. وخِيارُ البائِعِ لا يُخرِجُ المبيعَ عن مُلْكِه، وخيارُ المُشتَري يُخرِجُه ولا يُدخِلُه في مُلْكِه (سم) . . . .

قال: (**وخيارُ الشَّرطِ لا يُورَثُ**) لأنه مشيئةٌ وتروٍّ وذٰلك لا يُتصوَّر فيه الإرثُ لأنه لا يقبلُ الانتقال، أما خيار العيبِ، فلأن المشتري استحَقَّ المبيعَ سليماً فينتقلُ إلى وارثِه كذٰلك، وأما خيار التَّعيين، فإنه ثَبَتَ له ابتداءً لاختلاط مُلكِ المورّث بِمُلكِ الغير.

قال: (**ومَن اشتَرى عَبْداً على أنَّه خَبَّازٌ فكان بخلافِه، فإن شاءَ أخَذَه بجَمِيعِ الثَّمَنِ، وإن شاءَ رَدَّهُ**) لأن هٰذا وصفٌ، والأوصاف لا يقابلُها شيءٌ من الثمنِ فيأخذه بجميع الثمن، إلا أنه فاتَه وصفٌ مرغوبٌ فيه مستحَقٌّ بالعَقد، فبفواتِه يثبتُ له الخيارُ، لأنه ما رضي بدونِه كوصفِ السلامة، وعلى هٰذا اشتراط سائر الحِرَفِ[1].

قال: (**وخِيارُ البائِعِ لا يُخرِجُ المَبيعَ عن مُلْكِه، وخيارُ المُشتَري يُخرِجُه ولا يُدخِلُه في مُلْكِه**) اعلم أن البيعَ بشرطِ الخيار لا ينعقدُ في حقِّ حكمِه وهو ثبوتُ الملك، بل يتوقف ثبوتُ حكمِه على سقوط الخِيار، لأنه بالخيار استَثنى مباشرةَ العَقد في حقِّ الحُكم فامتَنَع حكمُه إلى أن يَسقط الخيارُ، ثم الخيارُ إما أن يكون للبائعِ أو للمشتري أو لهما، فإن كان للبائع، فلا يُخرج المبيعَ عن ملكِه، لأنه إنما يَخرجُ بالمُراضاة، ولا رِضا مع الخيار حتى نَفَذَ إعتاقُ البائع، وليس للمشتري

---

(١) في (م): الحقوق، والمثبت من (س).

. . . .

التصرُّفُ فيه، ولو قبَضَه المشتري فهلَكَ في يدِه في مدَّةِ الخيار فعليه قيمتُه لأنه لم يَنفَذِ البيعُ، ولا نفاذَ للتصرُّف بدون المُلك، فصار كالمقبوض على سَوم الشراء وفيه القيمةُ، ولو هَلَكَ في يدِ البائع لا شيءَ على المشتري كالصَّحيح، ويَخرجُ الثمنُ من مُلكِ المشتري بالإجماع، ولا يدخلُ في ملكِ البائع عند أبي حنيفةَ خلافاً لهما، وإن كان الخيارُ للمشتري يَخرجُ المبيعُ عن ملك البائع، لأن البيعَ لَزِمَ من جانبه، ولا يدخلُ في ملك المشتري عند أبي حنيفةَ، وعندهما يدخلُ، والثمنُ لا يخرج من ملك المشتري بالإجماع، ولا يملكُ البائع مطالبتَه بالثمن قبلَ الثلاث، وجه قولهما في الخلافيات أنه لما خَرَجَ المبيعُ عن ملكِ البائعِ وَجَبَ أن يدخل في ملكِ المشتري لئلا يصيرَ سائبةً بغير مالكٍ ولا نظيرَ له في الشرع، ولأبي حنيفةَ: أن الخيار شُرِعَ للتَّروِّي، فلو دخلَ في ملكِه ربما فاتَ ذٰلك بأن كان قريباً له فيعتق عليه، ولأن الثمنَ لم يخرج عن ملكِه، فلو دخل المبيعُ في ملكِه اجتمع البَدَلان في ملكٍ واحدٍ ولا نظيرَ له في الشرع، وقضيةُ المعاوضةِ المساواةُ، ودخولُه في ملكِه ينفيها، وإن هَلَكَ في يد المشتري هلك بالثمن، وكذٰلك إن دخَلَه عيبٌ، لأن بالعيبِ يمتَنِعُ الردُّ، والهلاكُ لا يخلو عن مقدمةِ عيبٍ، فيَهلِكُ بعد انبرَامِ العَقد فيلزمُه الثمنُ، ويُعرَف من هٰذين الفصلين الحكمُ فيما إذا كان الخيارُ لهما لمن يتأملُه إن شاء الله تعالى.

ومَن شَرَطَ الخِيارَ لِغيرِه جاز (ز) وثَبَتَ لهما، وأيُّهما أجاز جازَ وأيهما فَسَخَ انفَسَخَ، . . . .

وثمرةُ الخلاف تظهرُ في مسائلَ: منها لو كان المشترَى قريباً له لم يُعتَقْ عندَه، ولو كانت زوجتَه لم يفسُدِ النكاح خلافاً لهما فيهما، وإن وطِئَها لا يبطُلُ خيارُه، لأنه وطِئَها بحُكم النكاح، إلا أن تكون بِكراً أو نَقَصَها الوطءُ، وعندهما يبطلُ النكاحُ، لأنه وطِئَها بمِلكِ اليمين، ولو كانت جاريةً قد ولَدَتْ منه لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ له عندَه خلافاً لهما، ولو حاضت عندَه في مدّةِ الخيار ثم أجازَ البيعَ لا يُجزئ بتلك الحيضةِ عن الاستبراءِ عندَه، ولو ردَّها لا يجبُ على البائع الاستبراءُ عندَه خلافاً لهما فيهما، ويُبتَنى على هٰذا الأصل مسائلُ كثيرةٌ يعرفها من أتقن هٰذه الأصول.

قال: **(ومَن شَرَطَ الخِيارَ لِغيرِه جاز وثَبَتَ لهما)** والقياسُ أن لا يجوزَ وهو قول زفر، لأنه موجَبُ العَقد، فلا يجوزُ اشتراطه لغير العاقِدِ كالثمن، وجه الاستحسان أنه يثبُتُ له ابتداءً ثم للغَير نيابةً، تصحيحاً لتصرُّفه.

(وأيُّهما أجاز جازَ وأيهما فَسَخَ انفَسَخَ) فإن أجاز أحدُهما وفسخ الآخر فالحُكم للأسبق، وإن تكلَّما معاً فالحكم للفَسْخِ، لأن الخيار شُرِع للفَسْخ، فهو تصرُّفٌ فيما شُرِع لأجله فكان أولى، وقيل: تصرُّف المالك أولى كالمُوكِّل.

وَيَسقُطُ الخيارُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ، وبِكُلِّ ما يَدُلُّ على الرِّضَا كالركُوبِ والوَطْءِ والعِتْقِ ونحوِه.

قال: (**وَيَسقُطُ الخيارُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ وبِكُلِّ ما يَدُلُّ على الرِّضَا كالركُوبِ والوَطْءِ والعِتْقِ ونحوِه**).

اعلم أن الخيار يسقُطُ بثلاثة أشياء:

أحدها: الإسقاطُ صريحاً، كقوله: أسقطتُ الخيارَ أو أبطلتُه، أو أجزتُ البيعَ أو رضيتُ به، وما شابهه لأنه تصريحٌ بالرِّضا فيَبطُلُ الخيار.

والثاني: الإسقاطُ دِلالةً، وهو كلُّ فعلٍ يوجَد ممن له الخيارُ لا يحلُّ لغير المالك، لأنه رضي بالملك، وذلك مثلُ الوطءِ واللَّمس والقُبْلةِ والنظرِ إلى الفَرْج بشهوةٍ، وإن فعله لغير شهوةٍ لا يكون رضاً، وكذلك النظرُ إلى سائر أعضائِها، لأنه يحتاج إليه للمعالجة وليعرف لِينَها وخُشُونَتَها، ولو فَعَل البائعُ ذلك فهو فسخٌ، لأنه لا يحتاج إلى ذلك، وكذلك الركوبُ لا يجوز لغير المالك، فإن ركِبَها ليردَّها أو ليَسقيها أو ليشتري لها عَلَفاً فهو على خياره، وكذلك إذا سَكَن الدارَ أو أسكنها لدَليل الرِّضا، ولو ركبَ أو لَبس أو استخدم فهو على خيارِه لحاجتِه إلى ذلك للاختبار، ولو أعادَ ذَلك بَطَلَ خيارُه لعدم حاجتِه إليه إلا في العَبْد إذا استخدمه في حاجةٍ أخرى لما بيَّنا، وكذلك كلُّ فعلٍ لا يثبتُ حكمُه في غير الملك كالعِتْق والتَّدْبير والكتابةِ والبيعِ والإجارةِ والرَّهْنِ والهِبَةِ مع القَبْضِ، والعَرْض على البيع من هذا القَبيل، لأن كلَّ ذلك يدلُّ على الرِّضا بالملك.

فصل

مَن اشتَرَى ما لم يَرَهُ جازَ، وله خِيارُ الرُّؤيَةِ، . . . .

والثالث: سقوطُ الخيار بطريق الضَّرورة كمُضيِّ مدةِ الخيار، وموتِ من له الخيار، وإن كان الخيار لهما فماتا تمَّ العقدُ، وإن مات أحدُهما فالآخرُ على خيارِه، ولو أُغمِي عليه أو جُنَّ أو نام أو سَكِرَ بحيثُ لا يعلم حتى مضتِ المدةُ، الصحيح أنه يسقُطُ الخيارُ، ولو داوى العبدَ، أو عالَجَ الدابَّةَ، أو عمَّر في الساحةِ، أو رمَّ شَعثَ الدار، أو لقَّحَ النخيلَ، أو حَلَبَ البقرةَ، بَطَلَ، لأن هٰذه التصرفاتِ من خصائص المِلكِ.

فصل

(**مَن اشتَرَى ما لم يَرَهُ جازَ، وله خِيارُ الرُّؤيَةِ**) معناه: إن شاء أخذَه وإن شاء ردَّه، وكذا إن كان الثمنُ عيناً ولم يَرَه البائع، والأصل فيه قولُه عليه السلام: «مَن اشترى ما لم يَرَه، فله الخيارُ إذا رآه»[1]، ولأنه أحدُ

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٨٠٥)، والبيهقي ٥/ ٢٦٨ من حديث أبي هريرة مرفوعاً. وفي إسناده عمر بن إبراهيم الكردي، قال الدارقطني: يضع الأحاديث، وهٰذا باطل لا يصح، لم يروه غيره، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله.

وقال ابن القطان في «الوهم والإيهام» ٣/ ١٧٢ بعد أن أعله بعمر الكردي: ولٰكن بقي عليه (أي على الدارقطني) أن يبين أنه يرويه عن عمر المذكور، داهر ابن نوح وهو لا يعرف، ولعل الجناية منه.

وأخرجه مرسلاً عن مكحول ابن أبي شيبة ٦/ ٧، والدارقطني (٢٨٠٣)، والبيهقي ٥/ ٢٦٨. وفي إسناده أبو بكر بن عبد الله بن أبي مريم: قال الدارقطني: ضعيف. =

العِوَضين فلا يُشترط رؤيتُه للانعقاد كالثمن، ولأنه لا يُفضِي إلى المُنازعة، لأنه إذا لم يرضَ به عند الرؤيةِ يردُّه لعَدَم اللزوم، وإذا جاز العقدُ ثَبَتَ له الخيارُ بالحديث، وإنما يثبُتُ الخيارُ عند الرؤية، حتى لو أجاز البيعَ قَبْلَها لا يلزم، ولا يسقطُ خيارُه بصريح الإسقاط قبلَها لأنه خيارٌ ثَبَتَ شرعاً فلا يسقُطُ بإسقاطِهما، بخلاف خِيارَي الشرطِ والعَيبِ لأنهما ثَبَتا بقصدِهما وشَرْطِهما، ويملك فسْخَه قبلَ الرؤيةِ، لأن الخيارَ له، ولا يمنع ثبوتَ الملك في البَدَلَين، لكن يمنع اللزومَ، حتى لو باعَه مطلقاً أو بشرطِ الخيار للمشتري، أو أعتقَه، أو دَبَّره، أو كاتَبَه، أو رَهَنه، أو وَهَبَه وسَلَّم قبل الرؤيةِ لَزِمَ البيعُ، ولو شَرَطَ الخيارَ للبائع أو عَرَضَه على البيع لا يلزمُ قبل الرؤية ويلزمُ بعدَها لأنه لم يتعلَّق به حقُّ الغير لكن رضي، والرِّضا، قبل الرؤية لا يُسقِطُ الخيار.

قال: (ومَن باعَ ما لم يَرَه فلا خِيارَ له) وذكر الطحاوي أن أبا حنيفةَ كان يقول أوّلاً: له الخيارُ، لأن اللزومَ بالرِّضا، والرِّضا بالعلمِ بأوصاف المَبيع، والعلمَ بالرؤيةِ، ثم رَجَع وقال: لا خيارَ له، لأنَّ

= وأخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٠، والبيهقي ٥/ ٢٦٨ من طريق رباح بن أبي معروف عن ابن أبي مليكة عن علقمة بن وقاص الليثي قال: اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالاً، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت ـ وكان المال بالكوفة وهو مال آل طلحة الآن بها ـ. فقال عثمان: لي الخيار، لأني بعت ما لم أَرَ، فقال طلحة: إليَّ الخيار، لأني اشتريت ما لم أَرَ، فحكم بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان.

ويَسقُطُ برُؤيةِ ما يُوجِبُ العِلْمَ بالمَقصُودِ كوَجه الآدَمِيّ ووَجهِ الدَّابَّةِ وكَفَلِها، ورُؤيَةِ الثَّوبِ مَطْوِيّاً ونحوِه، . . . .

النصَّ أثبَتَه للمشتري خوفاً من تغيُّر المَبيع عما يظنُّه ودفعاً للغَبْنِ عنه، فلو ثَبَتَ للبائعِ لثَبَتَ خوفاً من الزيادةِ على ما يظنُّه من الأوصاف وذٰلك لا يوجِبُ الخيار، ألا تَرَى أنه لو باع عبداً على أنه مريضٌ فإذا هو صحيحٌ لَزِمَه ولا خيارَ له؟. وقد روي أن عثمان بنَ عفان باع أرضاً بالكوفةِ من طَلْحَةَ بن عبيد الله، فقيل لعثمانَ: غُبنْتَ؟ قال: لي الخيار، فإني بعتُ ما لم أرَه، وقيل لطلحة: غُبنتَ؟ فقال: لي الخيار لأني اشتريتُ ما لم أره، فاحتكَما إلى جُبير بن مُطْعِم، فحكم بالخيار لطلحةَ وذٰلك بمحضَرٍ من الصحابة رضي الله عنهم[١]، فَحُكْم جبير ورجوعُهما إلى حُكمِه وعدمُ وجود النَّكير من أحدٍ من الصحابة دلَّ على أنه إجماعٌ منهم.

قال: (**ويَسقُطُ برُؤيةِ ما يُوجِبُ العِلْمَ بالمَقصُودِ كوَجه الآدَمِيّ ووَجهِ الدَّابَّةِ وكَفَلِها، ورُؤيَةِ الثَّوبِ مَطْوِيّاً ونحوِه**) لأن رؤية الجميع غيرُ شرطٍ، لأنه قد يتعذَّر فاكتفى برؤية ما هو المقصودُ، والوجهُ في الآدمي هو المقصودُ، ألا ترى أن الثمنَ يزدادُ وينقُصُ بالوجه، وكذٰلك الوجه والكَفَل في الدابة، وأما الثوبُ فالمرادُ الثيابُ التي لا يخالفُ باطِنُها الظاهرَ، أما إذا اختلفا فلا بدَّ من رؤيةِ الباطن، وكذٰلك لا بدَّ من رؤيةِ العَلَمِ لأنه مقصود، وفي الدار لا بدَّ من رؤية الأبنيةِ، فإن لم

---

(١) سلف في الذي قبله.

فإن تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفاً لازِماً، أو تَعَيَّبَ في يَدِه، أو تَعذَّرَ رَدُّ بَعضِه، أو ماتَ، بَطَلَ الخِيارُ، ولو رأى بَعضَه فله الخِيارُ إذا رَأى باقِيه، وما يُعرَفُ بالأُنْموذَجِ رُؤيَةُ بَعْضِه كرُؤيةِ كُلِّه . . . .

يمكن يكتفي برؤيةِ الظاهرِ، ولا بدَّ في شاة اللحم من الجَسِّ، وشاةِ الدّرِّ والنَّسْلِ من النظر إلى الضَّرْعِ مع جميع جَسَدِها، واعتُبر بهٰذا جميعُ المَبيعات.

قال: (**فإن تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفاً لازِماً، أو تَعَيَّبَ في يَدِه، أو تَعذَّرَ رَدُّ بَعضِه، أو ماتَ، بَطَلَ الخِيارُ**) وقد بيَّناه، ولأنه إذا تعذَّر ردُّ البعض فرَدُّ الباقي إضرارٌ بالبائع، وكذٰلك ردُّ المَعيب، وأما الموتُ فلِمَا ذكرنا أنه دَخَل في مُلكِه وبقي له خيار الرُّؤية، والرؤيةُ لا تُورَث.

قال: (**ولو رأى بَعضَه فله الخِيارُ إذا رَأى باقِيه**) لأنه لو لَزِمه يكون إلزاماً للبيع فيما لم يَرَه وأنه خلاف النصِّ، وكذٰلك الإجازةُ في البعض لا تكون إجازةً في الكلِّ لما مرَّ، ولا تصحُّ الإجازةُ في البَعض وردٌّ الباقي لما بيَّنا.

قال: (**وما يُعرَفُ بالأُنْموذَجِ رُؤيَةُ بَعْضِه كرُؤيةِ كُلِّه**) والأصلُ أن المَبيعَ إذا كان أشياءَ: إن كان من العددياتِ المتفاوتةِ، كالثياب والدوابِّ والبِطّيخ والسَّفَرْجَل والرُّمَّان ونحوهِ لا يسقط الخيارُ إلا برؤية الكلِّ لأنها تتفاوتُ، وإن كان مكيلاً أو موزوناً وهو الذي يُعرَفُ[1] بالأُنموذَج أو معدوداً متقارباً كالجَوز والبَيض فرؤيةُ بعضِه تُبطِلُ الخيار في كلِّه،

---

(١) في (س): «يُعرض»، والمثبت من (م).

وَمَن باعَ مِلْكَ غيرِه فالمالِكُ إن شاءَ رَدَّ وإن شاءَ أجازَ إذا كانَ المَبِيعُ والمُتَبايِعانِ بِحالِهِم.

لأن المقصودَ معرفةُ الصِّفة وقد حصلت وعليه التعارفُ، إلا أن يجدَه أرْدأَ من الأنموذج فيكونُ له الخيارُ، وإن كان المَبيع مُغيَّباً تحتَ الأرض كالجَزَر والسَّلْجَم[1] والبصل والثُّوم والفُجْل بعدَ النبات إن عَلِم وجوده تحتَ الأرض جاز وإلا فلا، فإذا باعه ثم قَلَعَ منه أُنموذَجاً ورضي به، فإن كان مما يُباع كَيْلاً كالبَصَل، أو وَزْناً كالثُّوم والجَزَر بَطَلَ خيارُه عندهما، وعليه الفتوى للحاجة وجَرَيان التعامل به، وعند أبي حنيفةَ: لا يبطُلُ، وإن كان مما يُباع عدداً كالفُجْل ونحوه، فرؤيةُ بعضِه لا يُسقِطُ خيارَه لما تقدَّم، ولو اختلفا في الرؤية فالقول للمشتري لأنه منكِرٌ، وكذلك لو اختلفا في المردود فقال البائعُ: ليس هذا المبيعُ، وكذلك في خيار الشَّرْط، وفي الردِّ بالعَيب القولُ قولُ البائع.

قال: **(وَمَن باعَ مُلْكَ غيرِه فالمالِكُ إن شاءَ رَدَّ وإن شاءَ أجازَ إذا كانَ المَبِيعُ والمُتَبايِعانِ بِحالِهِم)**.

اعلم أن تصرُّفات الفُضولي منعقدةٌ موقوفةٌ على إجازة المالك لصُدورها من الأهلِ وهو: الحرُّ العاقل البالغُ، مضافةً إلى المَحَلِّ، لأن الكلام فيه، ولا ضرر فيه على المالك، لأنه غيرُ ملزِم له، وتحتملُ المنفعةَ فينعقِدُ تصحيحاً لتصرُّف العاقد العاقلِ وتحصيلاً للمنفعة

---

(١) السلجم كجعفر معروف، وهو الذي تسميه الناس اللفت.

. . . .

المحتَمَلة، ولما روي أنه عليه السلام دَفَع ديناراً إلى حكيم بن حزامٍ ليشتري به أُضحيَّة، فاشترى شاةً ثم باعها بدينارين، واشترى بأحد الدِّينارين شاةً، وجاء إلى النبيِّ ﷺ بالشاةِ والدينار، فأجازَ صَنيعَه ولم ينكِر عليه ودعا له بالبَرَكة[1]، وكان فُضولياً، لأنه باع الشاةَ واشترى الأخرى بغير أمرِه، وكلُّ عقدٍ له مجيزٌ حالَ وقوعِه يتوقف على إجازتِه، وما لا فلا، حتى إن طلاق الفُضُولي وعِتاقَه ونِكاحَه وهِبَتَه لا ينْعَقِدُ في حقِّ الصبيِّ والمجنون، وينعقدُ في حقِّ البالغ العاقل، لأن عند الإجازة يصيرُ الفُضوليُّ كالوكيل حتى ترجع الحقوقُ إليه، فإن الإجازة اللاحقةَ كالوَكالة السابقة، والصبيُّ والمجنون ليسا من أهل الوكالة ولا المُباشرة، وللفُضُولي الفسخُ قَبْلَ الإجازة لئلا ترجع الحقوقُ إليه، وليس له ذٰلك في النِّكاح، لأن الحقوق لا ترجع فيه إليه لما عُرِف أنه سفيرٌ فيه، ولا بدَّ من وجود المَبيع والمتبايِعَين عند الإجازة، إذ لا بقاءَ للعَقد بدونهم.

والإجازةُ: إنفاذُ العقدِ الموقوف، ولو كان العقدُ مقايضةً يُشترَط بقاءُ العِوَضين والمتعاقِدَين لما بينا.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٨٣١)، وابن أبي شيبة ١٤/ ٢١٨، وأبو داود (٣٣٨٦)، والترمذي (١٢٥٧). وفي إسناده رجل مجهول.

وقد روي نحوه من حديث عروة البارقي: أن النبي ﷺ بعثه...، عند أحمد (١٩٣٥٦)، والبخاري (٣٦٤٢). وانظر تمام تخريجه في «المسند».

فصل

مُطْلَقُ البَيع يَقتَضِي سلامةَ المَبِيعِ، وكلُّ ما أوجَبَ نُقصانَ الثَّمَنِ في عادةِ التُّجَّارِ فهو عَيبٌ، وإذا اطَّلَعَ المُشتَرِي على عَيبٍ إن شاءَ أخَذَ المَبِيعَ بجَميعِ الثَّمنِ، وإن شاءَ رَدَّه، ....

فصل

(مُطْلَقُ البَيع يقتَضِي سلامةَ المَبِيعِ) لأن الأصلَ هو السلامةُ، وهي وصفٌ مطلوبٌ مرغوبٌ عادةً، والمطلوب عُرْفاً كالمشروط نصّاً.

قال: (وكلُّ ما أوجَبَ نُقصانَ الثَّمَنِ في عادةِ التُّجَّارِ فهو عَيبٌ) لأن الضررَ بنقصان الماليَّة، وهُمْ يعرفون ذٰلك، وهٰذا يُغني عن ذِكر العُيوب وتعدادِها، وإذا عَلِم المشتري بالعَيب عند الشراء أو عند القَبْض وسَكَتَ فقد رضي به.

قال: (وإذا اطَّلَعَ المُشتَرِي على عَيبٍ إن شاءَ أخَذَ المَبِيعَ بجَميعِ الثَّمنِ، وإن شاءَ رَدَّه) لأنه لم يرضَ به، وليس له أخذُه وأخذُ النُّقصان إلا برِضَا البائع، لأن الأوصاف لا يقابلُها شيءٌ من الثمن بالعَقْد، وكذٰلك لو كان المَبيع مَكِيلاً أو موزوناً، فوجد ببعضِه عيباً ليس له أن يُمسِك الجيد ويردَّ المَعيب، والأصل في هٰذا أن المشتري لا يملِكُ تفريق الصَّفْقة على البائع قَبْلَ التَّمام لما بينا، ويملكُ بعدَه، وخيارُ الشرط والرُّؤية وعدمُ القَبْض يمنعُ تمام الصفقةِ، وبالقبضِ تتمُّ الصفقةُ، والمُراد قبضُ الجميع، حتى لو قَبَضَ أحدَهما ثم وَجَد بأحدِهما عيباً إما أن يردَّهما أو يُمسِكَهما، والمكيلُ والموزونُ كالشيء

والإباقُ والسَّرِقَةُ والبَولُ في الفِرَاشِ ليسَ بعَيبٍ في الصَّغِيرِ الذي لا يَعقِلُ، وعَيبٌ في الذي يَعقِلُ، ويُرَدُّ به إلاَّ أن يُوجَدَ عند المُشتَرِي بعد البُلوغِ،

الواحد، فلا يملكُ ردَّ البَعض دون البعض لا قَبْلَ القبض ولا بعدَه، لأن تمييز المَعيب زيادةٌ في العيب، فكأنه عيبٌ حادثٌ، حتى قيل: لو كان في وِعاءَين له ردَّ المَعيب منهما بعدَ القبض لأنه لا ضرر، وكذا لو اشترى زوجَي خُفٍّ أو مِصْرَاعيَ بابٍ فوجد بأحدهما عيباً قبلَ القبض أو بعدَه يردُّهما أو يُمسِكُهما، وكذا كلُّ ما في تفريقه ضررٌ، وما لا ضرَرَ في تفريقه كالعَبدَين والثَّوبين إذا وَجَدَ بأحدهما عيباً إن كان قبلَ القبض ليس له ردُّ أحدهما لأنه تفريقُ الصفقةِ قبل تمامها، وإن كان بعدَ القبض يجوزُ لأنه لا ضررَ في تفريقهما، لأن الصَّفْقة قد تمَّت بالقَبض، فجاز ردُّ البعض كما لو اشترى من اثنين، واستحقاقُ البعض على هٰذا التفصيل ما يضرُّه التبعيض فهو عيبٌ، وما لا فلا.

قال: (**والإباقُ والسَّرِقَةُ والبَولُ في الفِرَاشِ ليسَ بِعَيبٍ في الصَّغِيرِ الذي لا يَعقِلُ**) لأنه لا يقدرُ على الامتناع من هٰذه الأشياء، وهو ضالٌّ لا آبِقٌ.

(**وعَيبٌ في الذي يَعقِل**) لأنه يَعُدُّه التجارُ عيباً.

(**ويُرَدُّ به إلاَّ أن يُوجَدَ عند المُشتَرِي بعد البُلوغِ**).

اعلم أن جوازَ الردِّ إنما يثبتُ عند اتحادِ الحال، بأن فَعَلَ هٰذه الأشياءَ عند البائع والمشتري حالةَ الصِّغَر أو حالة الكِبَر، أما إذا فعله عندَ البائع حالة الصِّغر، وعند المشتري حالة الكِبَر فليس له الردُّ، لأن

وانقِطاعُ الحَيضِ عَيبٌ، والاستِحاضَةُ عَيبٌ، والبَخَرُ والدَّفَرُ والزِّنَى عَيبٌ في الجارِيةِ دُونَ الغُلامِ، ....

شرطَ ثبوتِ الردِّ اتحادُ سببِ العَيب، وأنه يختلفُ بالصِّغَر والكِبَر، لأن الإباقَ والسَّرقةَ من الصغير لقِلَّة مبالاتِه وقُصور عَقْلِه، ومن الكبير لِخُبْثِ طبيعتِه، والبولَ في الفِراش من الصغير لضَعفِ المَثَانَة، ومن الكَبير لداءٍ في بطنِه، فقد اختلف السَّببان، فكان العيبُ الثاني غيرَ الأوّل فلا يجب الردُّ، بخلاف الجُنون حيث له الردُّ لو جُنَّ عند البائع في الصِّغر، وعند المشتري بعدَ البلوغ لأن السبب متَّحدٌ. وهو آفةٌ تُخِلُّ[1] الدِّماغ في الحالتين.

قال: (**وانقِطاعُ الحَيضِ عَيبٌ**) لأنه من داءٍ، ومعناه إذا كانت ممن يحيضُ مثلُها، وإنما يعرَف ذٰلك بمُضيِّ المدة، وأدناه شهران، وقيل: لا يردُّها إلا إذا ادَّعت ارتفاعه بالحَبَل، ولو اشترى جاريةً على أنها تحيضُ وهي لا تحيضُ للإياس فهو عيبٌ، لأنه اشتراها للحَبَل والآيسةُ لا تَحبَلُ.

قال: (**والاستِحاضَةُ عَيبٌ**) لأن استمرار الدَّم مرضٌ، وعدم الخِتان عيبٌ في الجارية والغلام إذا كانا كبيرين مولَّدين، أما لو كانا صغيرين أو جلَبَين فليس بعيبٍ.

قال: (**والبَخَرُ والدَّفَرُ والزِّنَى عَيبٌ في الجارِيةِ دُونَ الغُلامِ**) لأن ذٰلك يُخِلُّ بالمقصود منها وهو الاستفراشُ والوثوقُ بكون الولد منه،

---

(١) في (م): «تَحُلُّ» بالحاء، والمثبت من (س).

والشَّيبُ والكُفْرُ والجُنُوُن عَيبٌ فيهما، وإن وَجَد المُشتَرِي عَيباً وحَدَثَ عنده عَيبٌ آخَرُ رَجَعَ بنُقصانِ العَيبِ الأول ولا يَرُدُّه إلاَّ برِضَا البائعِ. وَإنْ صَبَغَ الثَّوبَ أو خاطَه، أو لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ رَجَعَ بنُقصانِه،

والمرادُ من الغلام الاستخدام، ولا يُخِلُّ ذٰلك به إلا أن يكون من داءٍ فهو عيبٌ فيه أيضاً، وكذا إذا كان كثيرَ الزِّنى يتبع الزَّواني لأنه يشتغلُ به عن الخدمة.

قال: (**والشَّيبُ والكُفْرُ والجُنُوُن عَيبٌ فيهما**) أما الشيبُ والجنونُ فلأنهما يَنقُصانِ الماليةَ، والكافرُ تَنفُرُ الطباعُ من استخدامِه، ويقلُّ الوثوق إليه لعداوة الدين، وكذا لا يجوزُ عِتقُه في بعض الكفَّارات، وكلُّ ذٰلك عيبٌ، والنكاح والدَّين عيبٌ فيهما لأنه نقصٌ فيهما، والحَبَل عيبٌ في الجارية دون البهائم[1] بالعُرف.

قال: (**وإن وَجَد المُشتَرِي عَيباً وحَدَثَ عنده عَيبٌ آخَرُ رَجَعَ بنُقصانِ العَيبِ الأول ولا يَرُدُّه إلاَّ برِضَا البائعِ**) لأن من شرط الردِّ أن يردَّه كما قَبَضه دفعاً للضَّرر عن البائع، فإذا تعذَّر ذٰلك بأن عَجَزَ عن استيفاء حقِّه في الجزء الفائت وعن الوُصول إلى رأس مالِه يثبتُ له حقُّ الرجوع ببَدَل الفائت دفعاً للضَّرر عنه، ونُقصان العيب أن يُقوَّم صحيحاً ويقوَّم مَعيباً، فما نَقَصَ فهو حصَّةُ العَيب فيرجع بها من الثمن.

قال: (**وَإنْ صَبَغَ الثَّوبَ أو خاطَه، أو لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ رَجَعَ بنُقصانِه**) لأن الردَّ قد تعذَّر لأنه لا يمكن الفسخُ بدون

---

(١) في (س): الغلام، وهو خطأ، والمثبت من (م).

وإن ماتَ العَبدُ أو أعتَقَه رَجَعَ بنُقصانِ العَيبِ، فإن قَتَلَه أو أكَلَ الطَّعامَ (سم) لم يَرجِعْ، ....

الزيادةِ وهي لم تكن في العَقد فيرجعُ بالنُّقصان، وليس للبائع أخذُه لما فيه من الضَّرر بالمشتري، والزيادةُ المنفصلةُ الحادثةُ قبلَ القَبْض لا تمنعُ الرَّدَّ بالعَيب، وبعدَه تمنعُ، وذٰلك مثلُ الولد والعُقر والأرش والثمرة لأنها مبيعةٌ مُلِكت بالبيع وهي غيرُ مقصودة ليقابلها الثمنُ، فلا يُمكن ردُّها فتبقى سالمةً للمشتري بغير عِوَض وأنه ربا، ولهٰذا لا يملِكُ ردَّها برضا البائع، ولو مات الولدُ يردُّ الأمَّ، ولو استهلكه هو أو غيرُه لا تُردُّ، والكسبُ والغَلَّة لا يمنع وتُسلَّم للمشتري لأنها بدل المنفعة، وسلامتُها لا تمنع الردَّ بجميع الثمن، فكذا سلامةُ بدَلِها.

قال: **(وإن ماتَ العَبدُ أو أعتَقَه رَجَعَ بنُقصانِ العَيبِ)** وكذٰلك التدبيرُ والاستيلادُ، أما الموتُ فلأنه إنهاء للمُلكِ، والامتناعُ من جهة الشرع، وأما العتق فهو إنهاء أيضاً، لأن الملكَ إنما يثبتُ في الآدمي مؤقتاً إلى وقتِ العِتق، والمنتهى متقرِّرٌ فصار كالموت، فقد تعذَّر الردُّ وهٰذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يرجع في العِتق، لأن الامتناع من جهتِه كالقَتْل، ولو أعتَقَه على مالٍ أو كاتَبَه لا يرجعُ لأن حَبْس البَدَل كحَبْسِ المُبْدَل.

قال: **(فإن قَتَلَه أو أكَلَ الطَّعامَ لم يَرجِعْ)** أما القتلُ فلأنه وصَلَ إليه عِوَضُه معنىً، وهو سُقوط الضمان عنه، وعن أبي يوسف: أنه يرجعُ، لأن قتل المولى عبدَه لا يتعلَّق به ضمانٌ، وأما الأكلُ فلأنه تعذَّر الرَّدُّ بفعلٍ مضمونٍ منه فصار كالقتل، وقالا: يرجع استحساناً لأنه عَمِل

ومَن شَرَطَ البَرَاءَةَ من كُلّ عَيبٍ فَليسَ له الرَّدُّ أصلاً، . . . .

بالمَبيع ما هو المقصودُ منه بالشراءِ والمعتادُ فيه، فصار كالإعتاق.
قلنا: لا اعتبارَ بكون الفِعل مقصوداً، فإن المَبيع[1] مقصودٌ بالشراء، ومع ذٰلك يمنعُ الرجوعَ، وعلى هٰذا الخلاف إذا لَبسَ الثوبَ حتى تخرَّق، ولو أكلَ بعض الطعام، فكذٰلك الجواب عنده، وعنهما: أنه يرجعُ بنقصان العَيب في الجميع، وعنهما: يردُّ ما بقي ويرجعُ بنقصان ما أكَلَ لأنه لا يضرُّه التَّبعيضُ وعليه الفتوى، وفي كلِّ موضع كان للبائع أخذُه كالعَيب الحادثِ ونحوه، فباعَه المشتري أو أعتَقَه لم يرجع بالنقصان، وفي كلِّ موضعٍ ليس له أخذُه بسببِ الزيادة فباعه أو أعتَقَه المشتري رَجَع بالنقصان، ومن اشترى بِطِّيخاً أو خِياراً أو جَوْزاً[2] أو بَيْضاً أو نحوه فكسَره فوجدَه فاسداً، فإن كان بحالٍ لا يُنتفَع به رجع بكلِّ الثمن لأنه ليس بمال، وإن كان يُنتفَع به مع الفساد رجع بالنُّقصان لأنه تعذَّر الردُّ، لأن الكسر عيبٌ حادثٌ فيرجع بالنقصان لما بينا.

قال: (**ومَن شَرَطَ البَرَاءَةَ من كُلّ عَيبٍ فَليسَ له الرَّدُّ أصلاً**) لأنه إسقاطٌ، والإسقاطُ لا يُفضي إلى المُنازعة فيجوزُ مع الجهالة، ولو حَدَث عيبٌ بعدَ البيع قَبْلَ القبض دخل في البراءةِ عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وزفر، لأنه لم يوجَد وقتُ الإبراء فلا يتناوله، ولأبي يوسف: أن المقصودَ سقوطُ حقِّ الفسخ بالعَيب وذٰلك بالبراءة عن الموجودِ والحادث، ولو أبرأَه من كلِّ غائلةٍ، قال أبو يوسف: هي السَّرِقة

(١) في (س): البيع، والمثبت من (م).
(٢) في (س): جزراً، والمثبت من (م) وهو الصواب.

وإذا باعَه المُشتَري ثُمَّ رُدَّ عليه بِعَيبٍ إن قَبِلَه بقضاءٍ رَدَّه على بائِعِه، وإن قَبِلَه بغير قَضاءٍ لم يَرُدَّه، ويَسقُطُ الرَّدُّ بما يَسقُطُ به خِيارُ الشَّرطِ.

والإباقُ والفُجور دون المَرَض، لأن الغائلةَ تختصُّ بالفِعل، وإن أبرأه من كل داءٍ، قال أبو حنيفة: الداءُ ما في الجَوف من طِحالٍ أو كَبدٍ أو فساد حيضٍ، وما سوى ذٰلك يُسمَّى مرضاً، وقال أبو يوسف: هو المَرَضُ. ولو قال: برئتُ إليك من كلِّ عيبٍ بعينِه، فإذا هو أعورُ، أو من كل عيبٍ بيده فإذا هو أقطعُ، لا يَبرأ، لأنه ليس بعيبٍ بالمحلِّ بل هو عدمُ المحلِّ.

قال: (**وإذا باعَه المُشتَري ثُمَّ رُدَّ عليه بِعَيبٍ إن قَبِلَه بقضاءٍ رَدَّه على بائِعِه**) لأنه فسخٌ من الأصل فجعل كأن لم يكن، وهو وإن أنكر فقد صار مكذِّباً شرعاً.

(**وإن قَبِلَه بغير قَضاءٍ لم يَرُدَّه**) لأنه بيعٌ جديد في حقِّ ثالثٍ لوجود حدِّه وهو التمليك والتملُّك، وإن ردَّ عليه بعيبٍ لا يحدثُ مثلُه ردَّه عليه أيضاً، لأن الرَّدَّ متعيِّنٌ فيه فيستوي فيه القضاء وعدمُه.

قال: (**ويَسقُطُ الرَّدُّ بما يَسقُطُ به خِيارُ الشَّرطِ**) وقد ذكرت فيه، وذكر البعض هنا أيضاً.

فصل في التَّلجِئَة

وهي في اللغة: ما أُلجِئَ إليه الإنسان بغير اختيارِه، ولما كان هٰذا العقدُ إنما يُعقَدُ عند الضَّرورة سَمَّوه تَلجِئَةً لما فيه من معنى الإكراه، وفيه ثلاثُ مسائل:

....

إحداها: أن تكون التَّلجِئةُ في نفس المَبيع، مثل أن يخافَ على سلعتِه ظالماً أو سلطاناً فيقول: أنا أُظهِرُ البيعَ وليس ببيعٍ حقيقةً وإنما هو تَلجِئَةٌ، ويُشْهِد على ذٰلك، ثم يبيعُها في الظاهر من غير شرطٍ. حكى المُعلَّى عن أبي يوسف عن أبي حنيفةَ أن العقدَ جائزٌ، وروى محمدٌ في «الإملاء» أنه باطلٌ ولم يَحْكِ خلافاً، وهو قولُ أبي يوسف ومحمد. وجه الأول: أنهما عَقَدا عقداً صحيحاً، وما شَرَطاه لم يذكراه فيه، فلا يؤثِّر فيه كما إذا اتفقا أن يَشرُطا شَرْطاً فاسداً ثم تبايعا من غير شرطٍ.

ووجه الثانية: أنهما اتفقا على أنهما لم يقصِدا العقدَ فصارا كالهازِلَين فلا ينعقدُ.

الثانية: أن تكون في البَدَل، بأن يتفقا على ألفٍ في السِّرِّ ويتبايعان في الظاهر بألفَين، روى المعلَّى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الثمن ثمنُ العلانِيَة، وروى محمد في «الإملاء» أن الثمنَ ثمنُ السِّرِّ من غير خلاف، وهو قولهما، لأنهما اتفقا أنهما لم يقصِدا الألفَ الزائدةَ فكأنهما هَزَلا بها.

وجه الأوّل: أن المذكورَ في العَقد هو الذي يصحُّ العقدُ به، وما ذكراه سرّاً لم يذكراه حالةَ العَقد فسقَطَ حكمُه.

الثالثة: اتفقا أن الثمن ألفُ درهمٍ وتبايعا على مئةِ دينار، قال محمد: القياسُ أن يبطُلَ العَقدُ، والاستحسانُ أن يصحَّ بمئةِ دينار، وجه القياس: أن الثمنَ الباطنَ لم يذكراه في العَقد، والمذكور لم

باب البيع الفاسد

وأنه يُفيدُ المِلْكَ بالقَبْضِ، . . . .

يقصِداه فسَقَطَ، فبقي بلا ثمنٍ فلا يصحُّ، وجه الاستحسان: أن المقصودَ البيعُ الجائزُ لا الباطل، ولا جائزَ إلا بثمنِ العلانيةِ كأنهما أضربا عن السِّرِّ وذكرا الظاهر، وليس هٰذا كالمسألةِ الأولى؛ لأن المشروطَ سِرّاً مذكورٌ في العَقدِ وزيادة، وتعلَّقَ العقدُ به.

ويثبتُ لهما الخيار في بيع التَّلجِئَة لأنهما لم يقصِدا زوالَ الملك فصار كشرطِ الخِيار لهما فيتوقف على إجازتهما.

ولو ادّعى أحدُهما التلجئةَ لم يُقبل قولُه إلا ببيِّنةٍ لأنه يدّعي انفساخَ العَقد بعدَ انعقادِه، ويُستحلَفُ الآخرُ لأنه منكِرٌ.

باب البيع الفاسد

(**وأنه يُفيدُ المِلْكَ بالقَبْضِ**) ويوجبُ القيمةَ بأمرِ البائعِ صريحاً أو دِلالةً، كما إذا قبَضَه في المجلس وسَكَتَ، حتى يجوزُ له التصرُّفُ فيه لا الانتفاعُ، لما روي أن عائشة رضي الله عنها لما أرادت أن تشتريَ بريرةَ فأَبى مواليها أن يَبيعوها إلا بشرطِ أن يكون الولاءُ لهم، فاشتَرَتْ وشَرَطَتِ الولاءَ لهم ثم أعتقَتها، وذكرت ذٰلك لرسولِ الله ﷺ فأجازَ العِتْقَ وأبطَلَ الشرطَ[1]. فالنبيّ عليه السلام أجاز العِتقَ مع فساد البيع

---

(١) أخرجه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، وهو في «المسند» (٢٤٥٢٢)، و«صحيح ابن حبان» (٥١٢٠).

ولِكُلِّ واحدٍ منَ المُتعاقِدَينِ فَسْخُه، ويُشتَرَطُ قِيامُ المَبيعِ حالةَ الفَسْخِ، فإن باعَه أو أعتَقَه أو وَهَبَه بعدَ القَبْضِ جازَ، وعليه قِيمَتُه يومَ قَبْضِه إنْ كانَ من ذَواتِ القِيَم، أو مِثْلُه إن كانَ مِثْلِياً، . . . .

بالشرط، ولأن رُكْنَ التمليك وهو قوله: بعتُ واشتريتُ، صَدَرَ من أهلِه، وهو المكلَّف المخاطبَ، مضافاً إلى محلِّه وهو المالُ، عن ولائه، إذ الكلام فيهما، فينعقدُ لكونهِ وسيلةً إلى المصالح، والفسادُ لمعنى يجاورُه كالبيع وقتَ النِّداء، والنهيُ لا ينفي الانعقادَ بل يقرِّرُه، لأنه يقتضي تصوُّرَ المنهي عنه والقدرةَ عليه، لأن النهي عما لا يُتصوَّرُ وعن غير المَقدور قبيحٌ، إلا أنه يُفيدُ ملكاً خبيثاً لمكان النهي.

(و) لهٰذا كان (**لِكُلِّ واحدٍ منَ المُتعاقِدَينِ فَسْخُه**) إزالةً للخَبَث ورفعاً للفساد.

(**ويُشتَرَطُ قِيامُ المَبيعِ حالةَ الفَسْخِ**) لأن الفسخَ بدونه محالٌ.

(**فإن باعَه أو أعتَقَه أو وَهَبَه بعدَ القَبْضِ جازَ**) لمصادَفَة هٰذه التصرُّفات ملكَه ومَنْعِ الفَسْخِ، وكذا كلُّ تصرُّفٍ لا يُفسَخُ كالتَّدبير والاستيلاد، وما يَحتَمِلُ الفسخَ كالإجارة، فإنها تُفسَخ بالأعذار، وهٰذا عذرٌ. والرَّهنُ يمنعُ الفسخَ فإن عاد الرهنُ فله الفسخُ، وهٰذا لأن النقضَ لرفع حُكمِه حقاً للشرع، وهٰذه التصرُّفات تعلَّق بها حقُّ العبد وأنه مقدَّم لما عرف.

(**وعليه قِيمَتُه يومَ قَبْضِه إنْ كانَ من ذَواتِ القِيَم، أو مِثْلُه إن كانَ مِثْلِياً**) لأنه كالغَصْب من حيث إنه منهيٌّ عن قبضـه، ولمّا كـان هٰذا

والباطِلُ لا يُفِيدُ المِلْكَ ويكُونُ أمانَةً في يدِه (سم)، وبَيعُ المَيتةِ والدَّمِ والخَمْرِ والخِنزِيرِ والحُرّ وأُمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّرِ، والجَمعُ بينَ حُرٍّ وعبدٍ (سم) ومَيتَةٍ وذَكِيَّةٍ (سم) باطلٌ، ....

العقدُ ضعيفاً لمجاورتِـه المُفسِدَ توقَّف إفادةُ الملك على القَبض كالهِبَة.

قال: **(والباطِلُ لا يُفِيدُ المِلْكَ)** لأن الباطل هو الخالي عن الغَرَض والفائدةِ.

(ويكُونُ أمانَةً في يدِه) يهلكُ بغير شيءٍ، وهٰذا عند أبي حنيفةَ، وعندهما يهلكُ بالقيمةِ لأن البائع ما رضي بقبضِه مجاناً، وله أنه لمّا باع بما ليس بمالٍ وأمرَه بقبضِه فقد رضي بقبضِه بغير بدلٍ ماليٍّ فلا يضمن كالمُودِع.

قال: **(وبَيعُ المَيتةِ والدَّمِ والخَمْرِ والخِنزِيرِ والحُرّ وأُمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّرِ، والجَمعُ بينَ حُرٍّ وعبدٍ ومَيتَةٍ وذَكِيَّةٍ باطلٌ)** أما الميتةُ والدمُ والحرُّ فلأنها ليست بمالٍ، والبيعُ. تمليكُ مالٍ بمالٍ، وأما الخمرُ والخنزيرُ فكذٰلك لأنهما ليسا بمالٍ في حقِّنا، وكذٰلك أمُّ الولد والمدبَّرُ لأنهما استحقَّا العِتقَ بأمرٍ كائنٍ لا محالةَ، فأشبها الحرَّ، وأما الجمعُ بين حرٍّ وعبدٍ، وميتةٍ وذكيةٍ فلأن الصَّفقةَ واحدةٌ، والحرُّ والميتةُ لا يَدخُلان تحت العَقْد لعَدَم المالية، ومتى بَطَلَ في البعض بَطَلَ في الكُلِّ، لأن الصَّفقةَ غيرُ متجزِّئة، وكذا الجمعُ بين دَنَّيْنِ: أحدُهما خلٌّ والآخر خمرٌ. ومتروكُ التسمية كالمَيتةِ، وإذا لم يكن الحُرُّ والميتةُ مالاً

وبَيعُ المُكاتَبِ باطِلٌ إلاَّ أن يُجِيزَه فيَجُوزُ، وبيعُ السَّمَكِ والطَّيرِ قَبل صَيدِهما، والآبِقِ والحَمْلِ وَالنِّتَاج واللَّبَنِ في الضَّرْعِ، والصُّوفِ على الظَّهْرِ، واللَّحمِ في الشَّاةِ، وجِذْعٍ في سَقْفٍ، وثَوبٍ من ثَوبَينِ فاسِدٌ، ....

لا يقابلهما شيءٌ من الثمن، فيبقى العبد[1] والذكيةُ مجهولةُ الثمن، ولأن القَبول في الحُرِّ والميتةِ شرطٌ للبيع في العبدِ والذكيةِ، وأنه باطلٌ، وقال أبو يوسف ومحمد: إن سَمَّى لكلِّ واحدٍ منهما ثمناً جاز في العبدِ والذكيةِ كالجمع بين أختِه وأجنبيةٍ في النكاح. قلنا: النكاح لا يبطُلُ بالشروط المُفسِدة ولا كذلك البيعُ.

قال: (**وبَيعُ المُكاتَبِ باطِلٌ**) لأنه استحَقَ جهةَ حريةٍ وهو ثبوتُ يدِه على نفسِه (**إلاَّ أن يُجِيزَه فيَجُوزُ**) لأنه إذا أجازَه فكأنه عَجَّزَ نفسَه فيعودُ قِنّاً فيجوز بيعُه.

قال: (**وبَيعُ السَّمَكِ والطَّيرِ قَبل صَيدِهما، والآبِقِ والحَمْلِ وَالنِّتَاج، واللَّبَنِ في الضَّرْعِ، والصُّوفِ على الظَّهْرِ، واللَّحمِ في الشَّاةِ، وجِذْعٍ في سَقْفٍ، وثَوبٍ من ثَوبَينِ فاسِدٌ**) أما السمكُ والطيرُ فلِعَدم المِلْكِ، ولو كان السمكُ مجتمعاً في أَجَمَةٍ: إن اجتمع بغيرِ صُنْعِه لا يجوز لعدم الملكِ، وإن اجتمع بصُنعِه: إن قَدَرَ على أخذِه من غير اصطيادٍ جاز لأنه مَلَكَه ويقدِرُ على تسليمِه، وللمشتري خيارُ الرؤية، وإن لم يقدِر عليه إلا بالاصطياد لا يجوزُ، وأما الآبِقُ فلأنه لا يقدرُ على تسليمِه، حتى لو عاد الآبِقُ جاز البيعُ، وعن محمد أنه لا يجوزُ، ولو باعه ممن زَعَمَ أنه

---

(١) تحرف في الأصلين إلى العقد.

. . . .

عندَه يجوز كبيع المغصوبِ من الغاصبِ، وأما الحَمْلُ والنِّتاجُ فلنهيه عليه السلام عنه[1]، وأما اللبنُ في الضَّرع فللجهالةِ واختلاط المَبيع بغيرِه، وأما الصوفُ على الظَّهْر فلاختلاط المَبيع بغيرِه، ولوقوع التنازُع في موضع القَطْع بخلاف القَصِيل[2] لأنه يمكن قَلعُه، وقد نهى عليه السلام عن بيع الصُّوف على ظَهْر الغنم، وعن لَبَنٍ في ضَرْعٍ وسَمْنٍ في لبنٍ[3]، وعن أبي يوسف: أنه يجوز قياساً على شجرٍ

---

(١) أخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٢١٤٣)، ومسلم (١٥١٤)، وهو في «المسند» (٣٩٤) و(٤٤٩١) و(٤٦٤٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٤٦) و(٤٩٤٧). ولفظه: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة، وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تُنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها. واللفظ للبخاري.

(٢) القصيل: هو الشعير يُجَزُّ أخضر لعلف الدواب.

(٣) هٰذا الحديث روي مرفوعاً وموقوفاً ومرسلاً فقد رواه مرفوعاً الطبراني في «الكبير» (١١٩٣٥)، وفي «الأوسط» (٣٧٢٠)، والدارقطني (٢٨٣٥-٢٨٣٧)، والبيهقي ٥/ ٣٤٠، والمزي في «تهذيب الكمال» ٢١/ ٤٧٩-٤٨٠ من طريق عمر بن فروخ، حدثنا حبيب بن الزبير، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: نهى رسولُ الله ﷺ أن تُباع ثمرة حتى تطعم، ولا يُباع صوفٌ على ظهر، ولا لبن في ضرع. عمر بن فروخ: وثقه ابن معين وأبو حاتم، ورضيه أبو داود وقال: مشهور، وذكره ابن حبان في «الثقات». وباقي رجاله ثقات. لكن قال الدارقطني: ورواه وكيع عن عمر بن فروخ به مرسلاً. ولم يذكر فيه ابن عباس. قلنا: أخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ٥٣٤ عن وكيع به، وقال البيهقي: تفرد برفعه عمر بن فروخ، وليس بالقوي. وردَّه عليه ابنُ التركماني، فقال: لم يتكلم فيه أحد بشيء من جرح فيما=

. . . .

الخِلاَف[1]، قلنا: شجر الخِلاَف ينبُتُ من أعلاه، فتكون الزيادةُ في ملكِ المشتري، والصوفُ ينبُتُ من أسفلِه فيحدُث على ملك البائع فيختلطان، وأما اللحمُ في الشّاة وجِذْعٌ في سقفٍ، فلأنه لا يمكن تسليمُه إلا بضررٍ لا يستحقُ عليه، وكذٰلك ذراعٌ من ثوبٍ وحليةٌ في سيفٍ، وإن قَلَعَه وسلَّمه قبل نقضِ البيع جاز، وليس للمشتري الامتناعُ، وهذا بخلاف ما إذا باعَه ذراعاً من كِرْباسٍ[2] وعشرةَ دراهمَ

= علمت غير البيهقي، وذكره البخاري في «تاريخه» وسكت عنه، ولم يتعرض ابن عدي إلى ضعفه، بل وثقه ابن معين وأبو حاتم ورضيه أبو داود.

وأخرجه موقوفاً ابن أبي شيبة ٦/ ١٣٢، وأبو داود في «المراسيل» (١٨٢)، والدارقطني ٣/ ١٥ من طرق عن أبي إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس قال: لا تبع أصواف الغنم على ظهورها، ولا تبع ألبانها في ضروعها، واللفظ لأبي داود.

وأخرجه كذٰلك الشافعي في «الأم» ٣/١٠٨ أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى عن سليمان بن يسار عن ابن عباس: أنه كان يكره بيعَ الصوف على ظهور الغنم واللبن في ضروع الغنم إلا بكيل.

وأخرجه مرسلاً أبو داود في «المراسيل» (١٨٣) من حديث محمد بن العلاء، عن ابن المبارك، عن عمر بن فروخ، عن عكرمة، عن النبي ﷺ بمعناه ـ أي بمعنى رواية أبي داود السالفة ـ. ورجاله ثقات.

(١) هو صنف من الصفصاف.

(٢) الكِرباس: الثوب من القطن الأبيض أو الثوب الخشن، وأصل الكلمة من السنسكريتية كارباس. انظر «المعرب» للجواليقي ط. دار القلم١٤١٠هـ. تحقيق د. ف. عبد الرحيم. ص٥٥٧.

وبَيعُ المُزابنَةِ والمُحاقَلَةِ فاسِدٌ، ولو باعَ عَيْناً على أن يُسَلِّمَها إلى رَأسِ الشَّهرِ فهو فاسدٌ، وبَيعُ جاريةٍ إلاَّ حَمْلَها فاسدٌ، . . . .

من هٰذه النُّقْرَةِ[1] حيث يجوز لأنه لا ضررَ فيه، وأما ثوبٌ من ثوبين فلجهالةِ المَبيع، ولو قال: على أن يأخذ أيَّهما شاء جاز لعدم المُنازعة.

قال: (**وَبَيعُ المُزابَنَةِ والمُحاقَلَةِ فاسِدٌ**) لأنه عليه السلام نهى عنهما[2]، والمزابنةُ: بيعُ التَّمرِ على النخل بتمرٍ على الأرض مثله كيلاً جِزْراً، والمحاقلةُ: بيعُ الحِنْطةِ في سُنبُلها بمثلِها من الحِنطةِ كيلاً حِزْراً، ولأنه بيعُ الكَيْليِّ بجِنسِه مجازفةً فلا يجوز.

قال: (**ولو باعَ عَيْناً على أن يُسَلِّمَها[3] إلى رَأسِ الشَّهرِ فهو فاسدٌ**) لأن تأجيلَ الأعيان باطلٌ إذ لا فائدةَ فيه، لأن التأجيل شُرِع في الأثمانِ ترفيهاً عليه، ليتمكن من تحصيلِه، وأنه معدومٌ في الأعيان فكان شرطاً فاسداً.

قال: (**وبَيعُ جاريةٍ إلاَّ حَمْلَها فاسدٌ**) لأن الحَمْل بمنزلة طَرَف الحيوان لاتصاله به خِلْقَةً، ألا ترى أنه يدخُلُ في البيع من غير ذِكرٍ فلا يجوزُ استثناؤُه كسائر الأطراف.

---

(١) النقرة: السبيكة أو القطعة المذابة من الذهب والفضة.

(٢) أخرجه من حديث أبي سعيد الخدري البخاري (٢١٨٦)، ومسلم (١٥٤٦)، وهو في «المسند» (١١٠٢١).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في «الصحيحين» وغيرهما، ذكرناها في «المسند» عند حديث أبي هريرة برقم (٩٠٨٨).

(٣) في (س): أن لا يسلمها، والمثبت من (م).

ولو باعَه جاريةً على أن يَستَولدَها المُشْتَرِي أو يُعتِقَها أو يَستَخدِمَها البائعُ، أو يُقرِضَه دراهِمَ، أو ثَوباً على أن يَخِيطَه البائعُ فهو فاسدٌ. . . . .

(**ولو باعَه جاريةً على أن يَستَولِدَها المُشْتَرِي أو يُعتِقَها أو يَستَخدِمَها البائعُ، أو يُقرِضَه دراهمَ، أو ثوباً على أن يَخِيطَه البائعُ فهو فاسدٌ**) لأنه عليه السلام نهى عن بيعٍ وشرطٍ[1].

والجملةُ في ذٰلك أن البيعَ بالشرط ثلاثةُ أنواع: نوعٌ البيعُ والشرطُ جائزان، وهو كلُّ شرطٍ يقتضيه العَقْدُ ويلائمُه، كما إذا اشترى جاريةً على أن يستخدِمَها، أو طعاماً على أن يأكلَه أو دابّةً على أن يركبها. ولو اشترى أَمَةً على أن يَطأَها فهو فاسدٌ لأن فيه نفعاً للبائع لأنه يمتنعُ به الرَّدُّ بالعيب، وقالا: لا يفسُدُ لأنه شرطٌ يقتضيه العَقْدُ، وجوابه ما قلنا.

ونوعٌ كلاهما فاسدان، وهو كلُّ شرطٍ لا يقتضيه العقدُ ولا يُلائمُه، وفيه منفعةٌ لأحد المتعاقِدَين، وهو ما مَرَّ من الشروط في هٰذه المسائل ونحوِها، أو للمعقودِ عليه إذا كان من أهل الاستحقاق كعِتْقِ العبد، فلو أعتقَه انقلَبَ جائزاً، فيجبُ الثمنُ عند أبي حنيفة لأنه ينتهي به، والشيءُ يتأكد بانتهائه، وعندهما تجبُ القيمةُ، وهو فاسدٌ على حاله لأن به تقرّر الشرطُ الفاسدُ.

ونوعٌ البيعُ جائزٌ والشرطُ باطلٌ، وهو كلُّ شرطٍ لا يقتضيه العقد، وفيه مضرّةٌ لأحدهما، أو ليس فيه منفعةٌ ولا مضرَّةٌ لأحد، أو فيه منفعةٌ لغير المتعاقِدَين والمَبيع كشرطِ أن لا يبيعَ المَبيعَ ولا يَهَبَه، ولا يلبَسَ

---

(١) سلف تخريجه ص٢٩-٣٠.

ولا يَجُوزُ بيعُ النَّحلِ إلاَّ مع الكُوَّارَاتِ (م)، ولا دُودِ القَزّ إلاَّ مع القَزّ (م).

الثوبَ، ولا يركبَ الدابةَ، ولا يأكلَ الطعام، ولا يطأَ الجاريةَ، أو على أن يُقرِضَ أجنبياً دراهمَ ونحو ذٰلك، فإنه يجوزُ البيعُ ويبطُلُ الشرطُ لأنه لا يستحقُّه أحدٌ فيلغو لخُلُوِّه عن الفائدةِ، ويُبتنى على هٰذه الأصول مسائلُ كثيرةٌ تعرفُ بالتأمُّل إن شاء الله تعالى.

قال: (**ولا يَجُوزُ بيعُ النَّحلِ إلاَّ مع الكُوَّارَاتِ**) وقال محمد: يجوزُ إذا كان مجموعاً لأنه حيوانٌ منتَفَعٌ به مقدورُ التسليم فيجوزُ كغيرِه من الحيوانات، ولهما أنه لا يُنتَفَعُ بعينهِ ولا بجزءٍ من أجزائهِ فلا يجوزُ كالزَّنابير، ولا اعتبارَ بما يتولَّد منه من العسل لأنه معدوم، أما إذا باعها مع الكُوَّارات وفيها عسلٌ يجوز تَبَعاً، هٰكذا علَّله الكَرْخيُّ في «جامعه»، ثم أنكر ذٰلك وقال: إنما يدخلُ في البيع بطريق التَّبَع ما هو من حقوق المَبيع وأتباعِه، والنحلُ ليس من حقوق العسل وأتباعِه. وجوابُه أن يقال: إن الكُوَّارات لما لم يكن لها فائدةٌ بدون النحل جُعِل النحلُ من جملة حقوقها تجوُّزاً، ألا ترى أنه لا يجوز بيعُ الشِّرْبِ مقصوداً، ويجوزُ تَبَعاً للأرض لما أنه لا انتفاعَ بالأرض بدون الشِّرْبِ، وأمثالُه كثيرة.

قال: (**ولا دُودِ القَزّ إلاَّ مع القَزّ**) وقال محمد: يجوز، والعِلَّةُ فيه ما مرَّ من الطرفين في النحل، وقالا: يجوزُ بيعُ بيضِه والسَّلَمُ فيه كَيْلاً في حينهِ، لأنه بِزْرٌ يتولَّد منه ما يُنتَفَع به، وصار كبِزْرِ البطِّيخ، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعُه لأنه لا يُنتَفع بعينِه، وكان محمد يضمِّنُ من قَتَلَ دودَ القزّ بناءً على جواز بيعِه، ولا يضمِّنُه أبو حنيفة بناءً على عدم جوازه.

والبيعُ إلى النيروزِ، وصَومِ النصَارَى، وفطْرِ اليهودِ إذا جَهِلا ذٰلكَ فاسِدٌ، البَيعُ إلى الحَصَادِ والقِطافِ والدِّيَاسِ وقُدُومِ الحاجِّ فاسدٌ، وإن أسقَطا الأجَلَ قَبْلَه جازَ (ز)، ومَن جَمَعَ بين عبدٍ ومُدَبَّرٍ أو عبدِ الغَيْرِ جازَ في عبدِه بحِصَّتِه.

قال: (**والبيعُ إلى النيروزِ**[1]**، وصَومِ النصَارَى، وفطْرِ اليهودِ إذا جَهِلا ذٰلكَ فاسِدٌ**) لأن الجهالةَ مُفْضِيَةٌ إلى المُنازَعة، وإن علما ذاك جازَ كالأهلَّة، ولو اشترى إلى فِطْرِ النصارى وقد دَخَلوا في الصومِ جازَ لأنه معلومٌ، وقبل دخولهم لا يجوزُ لأنه مجهول.

قال: (**والبَيعُ إلى الحَصَادِ والقِطافِ والدِّيَاسِ وقُدُومِ الحاجِّ فاسدٌ**) للجهالة لأنها تتقدّمُ وتتأخرُ.

(**وإن أسقَطا الأجَلَ قَبلَه جازَ**) البيعُ خلافاً لزفر، وقد مرَّ في خِيار الشرط. وروى الكَرْخيُّ عن أصحابنا أن سائرَ البِيَاعات الفاسدةِ تنقلبُ جائزةً بحذف المُفسِدِ.

قال: (**ومَن جَمَعَ بين عبدٍ ومُدَبَّرٍ، أو عبدِ الغَيْرِ جازَ في عبدِه بحِصَّتِه**) والمكاتَبُ وأمُّ الولد كالمدبَّرِ لأنها أموال، ألا ترى أن الغيرَ لو أجاز البيعَ في عبدِه جاز، وكذا لو قضى القاضي بجوازِ البيع في المدبَّر وأمِّ الولد، وكذا لو رضي المكاتَبُ فصار كما إذا باع عبدَين فهلَكَ أحدُهما قبلَ القبض فإنه يجوزُ في الباقي بحِصَّتِه، كذا هٰذا.

---

(١) النيروز أو النوروز: معناه بالفارسية اليوم الجديد، فـ«نو» معناه جديد و«روز» معناه يوم، وهو أول يوم من السنة الشمسية الفارسية، ويوافق اليوم الحادي والعشرين من شهر آذار.

ويُكْرَه البَيعُ عند أذَانِ الجُمُعَةِ، وكذا بَيعُ الحاضِرِ لِلبادِي، وكذا السَّوْمُ على سوْمِ أخِيه، ....

قال: (ويُكْرَه البَيعُ عند أذَانِ الجُمُعَةِ) لقوله تعالى: ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩].

(وكذا بَيعُ الحاضِرِ لِلبادِي) لقوله عليه السلام: «لا يَبِعْ حاضرٌ لبادٍ»[١]، وهو أن يجلِبَ البادي السِّلعةَ فيأخذها الحاضرُ ليبيعَها له بعد وقتٍ بأغلى من السِّعر الموجود وقتَ الجَلْب، وكراهتُه لما فيه من الضَّرر بأهل البلدِ، حتى لو لم يضرَّ لا بأس به لما فيه من نفع البادي من غير تضرُّرِ غيره.

(وكذا السَّوْمُ على سوْمِ أخِيه) قال عليه السلام: «لا يستامُ الرجلُ على سَومِ أخيه»[٢]، وهو أن يرضى المتعاقدان بالبيعِ ويستقرَّ الثمنُ بينهما ولم يبقَ إلا العقدُ فيزيدُ عليه ويُبطِلُ بيعَه، أما لو زادَ عليه قبل التراضي يجوزُ، وهو المعتادُ بين الناس في جميع البلاد والأعصار، وقد صحَّ أن النبي عليه السلام باعَ حِلْساً في بيعِ مَن يزيدُ[٣].

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٢١٥٨)، ومسلم (١٥٢١). وفي الباب من غير واحد من الصحابة في «الصحيحين» وغيرهما، ذكرناها في تعليقنا على «المسند» تحت الحديث رقم (٣٤٨٢) من حديث ابن عباس.

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٢٧٢٧)، ومسلم (١٥١٥)، وهو في «المسند» (٧٢٤٨) و(١٠٣١٦)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٤٦).

(٣) أخرجه من حديث أنس أبو داود (١٦٤١)، وابن ماجه (٢١٩٨)، والترمذي (١٢١٨)، والنسائي ٧/ ٢٥٩، وهو في «المسند» (١١٩٦٨)=

(وكذا النَّجْشُ، وتَلَقِّي الجَلَبِ مَكرُوهٌ) والنَّجْشُ: أن يزيد في السِّلْعة ولا يريدُ شراءَها ليُرغِّب غيرَه فيها، وتلقِّي الجَلَب: أن يتلقَّاهم وهم غيرُ عالِمين بالسِّعر، أو يُلبِّس عليهم السِّعرَ ليشتريَه ويبيعَه في المِصْر، فإن لم يلبِّسْ عليهم أو كان ذٰلك لا يضرُّ بأهل المِصْر لا بأس به، وقد نهى عليه السلام عن تلقِّي الجَلَب[1]، وقال عليه السلام: «لا تناجشوا»[2].

= و(١٢١٣٤). وإسناده ضعيف. لجهالة عبد الله الحنفي أبي بكر ـ أحد رواته ـ، قال ابن القطان الفاسي في «الوهم والإيهام» ٥/ ٥٧: الحديث معلول بأبي بكر الحنفي (عبد الله)، فإني لا أعرف أحداً نقلَ عدالتَه، فهو مجهول الحال، وإنما حسن الترمذي حديثه هٰذا على عادته في قبول المساتير، وقد روى عنه جماعة ليسوا من مشاهير أهل العلم. قلنا: وقد كره بعض أهل العلم بيع المزايدة، ولم يروا صحة هٰذا الحديث، وجمهور أهل العلم على جوازه. انظر «فتح الباري» ٤/ ٣٥٤.

(١) أخرجه مسلم (١٥١٩)، وهو في «المسند» (٩٢٣٦) من حديث أبي هريرة.

وهو عند البخاري (٢١٥٨)، وأحمد في «المسند» (٩٢٢٢) لٰكن بلفظ: نهى النبي ﷺ عن التلقي، وأن يبيع حاضر لبادٍ.

وهو عند البخاري (٢١٥٠)، ومسلم (١٥١٥) (١١) (١٢)، وهو في «المسند» (٩١٢٠) وهو ضمن حديث وفيه: «ولا تَلَقَّوا الركبان».

وانظر حديث ابن عمر في «الصحيحين» وغيره، وهو في «المسند» (٤٥٣١) ولفظه في أوله: «أن النبي ﷺ نهى عن تلقِّي السلع حتى يُهبط بها الأسواق. . .» الحديث. وانظر تمام تخريجه فيه.

(٢) أخرجه ضمن حديث عن أبي هريرة البخاري (٢١٤٠)، ومسلم (١٥١٥) (١١) و(٢٥٦٣)، وهو في «المسند» (٩١٢٠). =

ويجُوزُ البَيعُ. ومَن مَلَكَ صغِيرَينِ أو صَغِيراً وكَبيراً أحدُهُما ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ من الآخَرِ كُرِه له أن يُفَرِّقَ بينَهما، . . . .

(**ويجُوزُ البَيعُ**) في هٰذه المسائل كلها، لأن النهي ليسَ لمعنى في العَقْد وشرائطِه، بل لمعنى خارجٍ فيجوز.

قال: (**ومَن مَلَكَ صغِيرَينِ أو صَغِيراً وكَبيراً أحدُهُما ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ من الآخَرِ كُرِه له أن يُفَرِّقَ بَينَهما**) قال عليه السلام: «من فرَّق بين والدةٍ وولدِها فرَّق الله بينَه وبين أحبَّتِه في الجنة»[1]، وقال عليه السلام: «لا تجمَعوا عليهم السَّبْيَ والتفريقَ حتى يبلُغَ الغلامُ وتحيضَ الجاريةُ»[2]،

= وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في «الصحيحين» وغيرهما، ذكرناها في «المسند» عند حديث ابن عمر برقم (٤٥٣١). فانظرها هناك.

(١) حديث حسن بمجموع طرقه وشواهده، أخرجه من حديث أبي أيوب الأنصاري الترمذي (١٢٨٣) و(١٥٦٦)، وهو في «المسند» (٢٣٤٩٩) و(٢٣٥١٣). وانظر تتمة تخريجه وأحاديث الباب فيه.

(٢) أخرجه من حديث عبادة بن الصامت الدارقطني (٣٠٤٩)، والحاكم ٢/ ٥٥، والبيهقي ٩/ ١٢٨. وإسناده ضعيف جداً ولفظه: نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل: يا رسول الله إلى متى؟ قال: «حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية». قال الدارقطني: عبد الله ـ وهو ابن عمرو بن حسان ـ الواقعي ـ أحد رواته ـ وهو ضعيف الحديث، رماه علي ابن المديني بالكذب، ولم يروه عن سعيد غيره.

وقال ابن عبد الهادي في «تنقيح أحاديث التعليق» ٢/ ٥٨٦: والعجب كل العجب أن الحاكم صححه، وقال: هو حديث صحيح على شرطهما، ولم يخرجاه. قال شيخنا: وهٰذا الذي قاله خطأ. والأشبه بهٰذا الحديث أن يكون مقطوعاً، ولم يخرجه أحد من أصحاب الكتب الستة.

ولأن الكبيرَ يُشْفِقُ على الصغير ويُربِّيه، والصغيران يتآلَفان فيتضرَّران بالتفريق. ووَهَب عليه السلام لِعَليٍّ أخَوَين صغيرين ثم سأله عنهما، فقال: بعتُ أحدَهما، فقال عليه السلام: «بِعهُما أو رُدَّهما» وفي رواية: «اذهب فاستردَّه»[1].

(ولا يُكرَه في الكبِيرَينِ) لقوله عليه السلام: «حتى يبلُغَ الغلامُ وتحيضَ الجاريةُ»[2] والنبيُّ عليه السلام فرَّق بين ماريةَ وشِيرين وكانتا أُختَين كبيرتَين، فاستولَدَ ماريةَ ووَهَبَ شيرين»[3] فإن لم يكن بينهما

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٩)، والترمذي (١٢٤٨)، وهو في «المسند» (٧٦٠) و(٨٠٠) ولفظه: عن علي، قال: وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين، فبعتُ أحدهما، فقال رسول الله ﷺ: «ما فعل الغلامان» فقلت: بعتُ أحدَهما، فقال رسول الله ﷺ: «رُدَّه». وهو حديث حسن لغيره.

ويشهد له حديث أبي أيوب السالف تخريجه قريباً. وهو حديث حسن بطرقه وشواهده. وحديث أبي موسى عند ابن ماجه (٢٢٥٠). ولا بأس به في الشواهد.

(٢) سلف في الصفحة السابقة.

(٣) أخرجه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» كما في «إتحاف الخيرة» للبوصيري برقم (٣٩٩٤)، والطبراني في «الأوسط» (٣٥٧٣) من طريق حاتم بن إسماعيل، عن بشير بن المهاجر، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه قال: أهدى أمير القبط إلى النبي ﷺ جاريتين أختين، وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة، واتخذ إحدى الجاريتين لنفسه، فولدت له إبراهيم، ووهب الأخرى لحسان بن ثابت. وإسناده محتمل للتحسين، بشير بن المهاجر - أحد رواته - مختلف فيه، وباقي رجاله ثقات. وقال البوصيري بعد أن ذكره: هٰذا إسناد صحيح! =

مَحْرَمِيَّةٌ يجوز كابن العَمِّ، لأن النصَّ ورد على خلاف القياس فيقتصرُ عليه، وكذا إذا كانت المَحرميَّةُ لغير نسبٍ كالمصاهَرَة والرَّضاع، وكذا بين الزوجين لما ذكرنا، فإن باع الصغيرَ وفرَّق بينهما جاز خلافاً لأبي يوسف في قرابةِ الوِلادِ، ولزفر في الإخوَةِ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف أيضاً، ووجهه ما تقدّم من حديث عليٍّ، أمَرَه عليه السلام بالرَّدِّ(١)، وهو دليلُ عدم الجواز، وروي أنه عليه السلام رأى في السَّبايا امرأةً ولْهاءَ فسأل عنها، فقيل: بِيعَ ولدُها، فأمرهم بالرَّدِّ(٢). وذٰلك يدلُّ

= وأخرجه البزار (١٩٣٥ ـ كشف الأستار) عن محمد بن زياد، حدثنا ابن عيينة، حدثنا بشير بن المهاجر، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه قال: أهدى المقوقس القبطي إلى رسول الله ﷺ جاريتين، إحداهما: مارية أم إبراهيم ابن رسول الله ﷺ، والأخرى: وهبها رسول الله ﷺ لحسان بن ثابت، وهي أم عبد الرحمٰن بن حسان، وأهدى له بغلته، فقبل رسول الله ﷺ ذٰلك منه.

وقال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ١٥٢: رجاله رجال الصحيح. لٰكن قال البزار بإثره: لا نعلم رواه إلا بريدة، ولا عنه إلا بشير، ووهم ابن زياد في هٰذا، فرواه عن ابن عيينة، وابن عيينة ليس عنده بشير بن المهاجر، ولكن رواه عن بشير حاتم بن إسماعيل ودلهم بن دهثم.

(١) سلف تخريجه في الصفحة السابقة.

(٢) ذكره المرتضى الزبيدي في «عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٣٠-٣١ وقال: أبو حنيفة عن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب قال: أقبل زيد بن حارثة برقيق من اليمن، فاحتاج إلى نفقة ينفقها عليهم، فباع غلاماً من الرقيق كان مع أمه، فلما قدم على النبي ﷺ تصفح الرقيق، فقال: «مالي أرى هٰذه والهة؟» قال: «احتجنا إلى نفقة، فبعنا ولدها، فأمره برده» كذا رواه الحارثي من طريق عبيد الله=

. . . .

على عدم الجواز، وكذٰلك تعليقُه الوعيدَ بالتفريق في الحديث الأوّلِ يدلُّ على حُرمةِ التفريق. ولنا أنه باعَ ملكَه بيعاً جامعاً بشرائطِ الصحة فيجوز، والنهيُ لمعنى خارجَ العقدِ، وهو ما يلحَقُ الصبيَّ من الضَّرر، فلا يُفسِدُه، كالبيع عند النِّداء، فأوجَبَ الكراهية والإثمَ. وله أن يدفعَه في الدَّين والجناية، ويردَّه بالعيب بعد[1] القبض، لأنَّ التفريق مكروهٌ، وإيفاء[2] الحقوق واجبٌ، ولا يُكره عتقُ أحدِهما، ولا كتابتُه لأن نَفْعَه في ذٰلك أكثرُ من تضرُّره بالتفريق فكان أولى.

=ابن موسى عنه، ورواه ابن خسرو من طريق حمزة بن حبيب الزيات عنه، إلا أنه قال: أبو حنيفة عن عبد الله بن الحسن بن علي بن أبي طالب. ورواه الأشناني من طريق الحسن بن محمد بن علي عن أبي يوسف عنه كذٰلك. ورواه محمد بن الحسن في «الآثار» عنه. ثم قال: وبه نأخذ، يكره أن يفرق بين والدة وولدها إذا كان صغيراً، وكذا بين الأخوين، وكل ذي رحم محرم إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيراً، وأما إذا كانوا كباراً فلا بأس به. وهٰذا كله قول أبي حنيفة، ورواه الحسن بن زياد أيضاً عنه.

وأخرج البيهقي في «السنن» ٩/ ١٢٦، وفي «المعرفة» (١٨٣١٧) من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده: أن أبا أسيد الأنصاري قدم بسبي من البحرين فصفوا، فقام رسول الله ﷺ، فنظر إليهم، فإذا امرأة تبكي، فقال: «ما يبكيك؟» قالت: بيع ابني في عبس، فقال النبي ﷺ لأبي أسيد: «لتركبن، فَلَتَجِيئَنَّ به، كما بعت بالثمن» فركب أبو أسيد فجاء به، قال البيهقي: هٰذا وإن كان فيه إرسال، فهو مرسل حسن.

ويشهد له حديث علي وأبي أيوب السالف تخريجهما قريباً.

(١) في (م): قبل، والمثبت من (س).

(٢) في (م): وإبقاء، والمثبت من (س).

باب التَّولية

وهي بَيعٌ بالثَّمَنِ الأوَّلِ، والمُرابَحَةُ بزِيادَةٍ، والوَضيعَةُ بنَقيصَةٍ،

باب التَّولية

(وهي بَيعٌ بالثَّمَنِ الأوَّلِ، والمُرابَحَةُ بزِيادَةٍ، والوَضيعَةُ بنَقيصَةٍ) لأن الاسم يُنبئُ عن ذٰلك، ومبناها على الأمانةِ، لأن المُشتري يأتمِنُ البائعَ في خَبَره معتمداً على قوله، فيجبُ على البائع التنزُّه عن الخِيانةِ والتجنُّبَ عن الكذبِ لئلا يقَعَ المشتري في بَخْسٍ وغرور، فإذا ظهرت الخيانةُ يردُّ أو يختارُ على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

وهي عقودٌ مشروعةٌ لوجود شرائطها، وقد تعاملها الناسُ من لَدُنِ الصَّدْر الأوَّلِ إلى يومنا هٰذا، وقد صحَّ أنه عليه السلام لما أرادَ الهجرةَ قال لأبي بكرٍ رضي الله عنه وقد اشترى بعيرين: «وَلِّني أحدَهما»[1]، وللناس حاجةٌ إلى ذٰلك لأنه فيهم من لا يَعرفُ قيمةَ الأشياء فيستعينُ

---

(١) لم نقف عليه بهٰذا اللفظ. وروى البخاري (٣٩٠٥) من طريق الزهري، عن عروة بن الزبير، عن عائشة، وفيه أن أبا بكر قال للنبي ﷺ: خذ ـ بأبي أنت يا رسول الله ـ إحدى راحلتي هاتين، قال رسول الله ﷺ: «بالثمن».

ورواه أحمد في «مسنده» (٢٥٧٧٤) بلفظ: فأعطاه أبو بكر إحدى الراحلتين، فقال: خذها يا رسول الله فاركبها، فقال رسول الله ﷺ: «قد أخذتها بالثمن». وإسناده صحيح.

وأخرج ابن أبي شيبة ٦/ ٣٦٠ و٣٦١ عن الحسن وابن سيرين والشعبي وطاووس قالوا: التولية بيع.

ولا يَصِحُّ ذٰلك حتى يكونَ الثمنُ الأوَّلُ مِثْلِيّاً و في ملْكِ المُشتَري. ويجُوزُ أن يَضُمَّ إلى الثَّمَنِ الأوَّلِ أُجرَةَ الصَّبْغِ والطِّرَازِ وحَمْلِ الطَّعامِ والسِّمْسارِ وسائِقِ الغَنَمِ، ويقولُ: قامَ عَلَيَّ بِكَذا، ولا يَضُمُّ نفقَتَه . . . .

بمَن يعرفها ويَطيبُ قلبُه بما اشتراه وزيادة، ولهٰذا كان مبناها على الأمانةِ. ورأسُ المال في المُواضَعَة حقُّه فله أن يحُطَّ منه.

قال: (**ولا يَصِحُّ ذٰلك حتى يكونَ الثمنُ الأوَّلُ مِثْليّاً و في ملْكِ المُشتَري**) لأنه يجب عليه مثلُ الثَّمن الأوّل، فإذا كان مِثْليّاً يقدِرُ عليه، وكذٰلك إذا كان من ذوات القِيَم وهو في يدِه لقُدْرته على أدائِه، وإن لم يكن في يدِه فهو باطلٌ، لأنه يجب عليه مثلُ الأوّل، وهٰذا من ذوات القِيَم، والقيمة مجهولةٌ إنما تُعلَمُ بالظنِّ والتَّخمين، والثمنُ الأوّلُ هو ما عقده به لا ما نَقَدَ، فإن اشترَى بدراهمَ فدَفَع بها ثوباً فالثمنُ دراهمُ، ولا بدَّ أن يكون الربحُ أو الوَضيعةُ معلوماً لئلا يؤدِّي إلى الجهالة والمُنازَعة، فلو باعَه بربح «دَهْ يازْدَه»[1] لا يجوز إلا أن يعلَمَ بالثَّمنِ في المجلس لأنه مجهولٌ قبلَه، ولو كان المَبيع مِثْليّاً، فلَه بيعُ نصفِهِ مرابحةً بحِصَّتِه، ولو كان ثوباً أو نحوه لا يبيعُ جزءاً منه لأنه لا يمكن تسليمُه إلا بضَرَرٍ.

قال: (**ويجُوزُ أن يَضُمَّ إلى الثَّمَنِ الأوَّلِ أُجرَةَ الصَّبْغِ والطِّرَازِ وحَمْلِ الطَّعامِ والسِّمْسارِ وسائِقِ الغَنَمِ، ويقولُ: قامَ عَلَيَّ بِكَذا، ولا يَضُمُّ نفقَتَه**

---

(١) قوله: «دَهْ يازْدَهْ»، دَهْ، بفتح الدال وسكون الهاء: اسم العشرة بالفارسية و«يازْدَهْ»: اسم أحد عشر بالفارسية.

وأُجرةَ الرَّاعِي والطَّبِيبِ والمُعَلِّمِ والرَّائِضِ وجُعْلَ الآبِقِ وكِرَاهُ، فإنْ عَلِمَ بخِيانَةٍ في التَّولِيَةِ أَسْقَطَها (م) من الثَّمنِ. . . . .

(**وأُجرةَ الرَّاعِي والطَّبِيبِ والمُعَلِّمِ والرَّائِضِ وجُعْلَ الآبِقِ وكِرَاهُ**) وأصله أن كلَّ ما تعارف التجارُ إلحاقَه برأس المال يَلحَقُ به، وما لا فلا، وقد جرتِ العادةُ بالقِسْم الأول دون الثاني، وما يزدادُ به قيمةُ المَبيع أو عينُه يلحَقُ به، وأنه موجود في القِسم الأول، أما الصَّبغُ والطِّرَاز فظاهر، وأما الحَمْل والسَّوق فلأن القيمةَ تزدادُ باختلاف الأمكنة، ولا كذٰلك القسمُ الثاني، أما الراعي فلأنه لم يُوقِعْ فيه فِعْلاً وإنما هو حافظٌ فصار كالبيت، وجُعْلُ الآبقِ نادرٌ ولم يزد فيه شيئاً، وكذٰلك الطبيبُ وما ثبت بالمعلِّم والرائضِ لمعنى فيه وهو ذكاؤُه وفِطنتُه، ولو ضَمَّ إلى الثمن مالا يجوزُ ضمُّه فهو خيانةٌ، وكذٰلك إن أمسك جزءاً من المَبيع أو بدَّله أو كَتَم وَصْفَ الثمن أو الأجلِ فيه أو عَيْباً بفِعلِه أو فعلِ غيره، ولو عابَ بآفةٍ سماويةٍ فليس بخيانةٍ، ولو كَتَمَ أُجرةَ المبيع أو غَلَّتَه فليس بخِيانةٍ، ولو اشتراه ممن لا تُقبَل له شهادتُه لا يبيعُه مرابحةً حتى يبيِّن عند أبي حنيفةَ، خلافاً لهما، ولو اشتراه من عبدِه أو مكاتَبه يبيِّنُ بالإجماع، ولو اشتراه ممن له عليه دَينٌ بدَينه لم يبيِّن بالإجماع. لهما في الخلافية أنهما متبايِنانِ في الأملاك فصارا كالأجنبي، وله أن المَنَافعَ بينهم متحدةٌ فكأنه اشتراه من نفسِه، ولأن العادةَ جاريةٌ بالتسامُح والمُحاباةِ بين هٰؤلاء في المعاملات، فيجبُ البيانُ كما إذا اشتراه من عبدِه.

قال: (**فإنْ عَلِمَ بخِيانَةٍ في التَّولِيَةِ أَسْقَطَها من الثَّمنِ**) وهو القياس في الوضيعةِ.

وفي المُرابَحَةِ إن شاءَ (س) أخَذَه بجَميعِ الثَّمَنِ، وإن شاءَ رَدَّه.

باب الرِّبا

. . . .

(**وفي المُرابَحَةِ إن شاءَ أخَذَه بجَميعِ الثَّمَنِ، وإن شاءَ رَدَّه**) وهٰذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يحُطُّ فيهما وحِصَّةُ الخيانة من الرِّبح، وقال محمد: يخيَّر فيهما، لأنه فاته وصفٌ مرغوب في الثَّمن فيتخيَّر كوَصْفِ السَّلامة، ولأبي يوسف أنه بيعٌ تعلَّق بمِثل الثَّمن الأول فإنه ينعقدُ بقوله: ولَّيتُك بالثمن الأوَّل، وبعتُك مرابحةً أو مواضعةً على الثمن الأوّل، وقَدْرُ الخيانةِ لم يكن في الثمن الأوّل فيُحَطُّ، ولأبي حنيفة أن إثباتَ الزيادة في المُرابحة لا يُبطِلُ معناها، إلا أنه فاته وصفٌ مرغوبٌ كما قال محمد فيخيَّر، وإثباتُ الزيادة يُبطِلُ معنى التولية، فتلغُو التسمية وتُحَطُّ الزيادةُ تحقيقاً لمعنى التولية، ومعنى قوله: وهو القياس في الوضيعة، أي: إذا خان خيانةً تنفي الوضيعةَ، أما إذا كانت خيانةً تُوجَدُ الوضيعةُ معها فهو بالخِيار، وهٰذا على قياس قول أبي حنيفة، وقياسُ قول أبي يوسف يحُطُّ فيهما، ومحمد يخيِّر فيهما.

باب الرِّبا

وهو في اللغة: الزيادةُ، ومنه الرَّبْوةُ للمكان الزائد على غيرِه في الارتفاع.

وفي الشرع: الزيادةُ المشروطةُ في العَقْد، وهٰذا إنما يكون عند المُقابَلَة بالجِنْس.

. . . .

وقيل: الربا في الشرع: عبارة عن عَقْدٍ فاسدٍ بصفةٍ، سواءٌ كان فيه زيادةٌ أو لم يكن، فإنَّ بَيْعَ الدَّراهمِ بالدنانير نسيئةً رباً ولا زيادةَ فيه.

والأصلُ في تحريمه قولُه تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقولُه ﴿ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ ﴾ [آل عمران: ١٣٠]، والحديثُ المشهور، وهو قوله عليه السلام: «الذهبُ بالذهب مِثْلاً بمِثْلٍ وَزْناً بوَزْنٍ يداً بيدٍ، والفضلُ رباً، والفضةُ بالفضةِ مثلاً بمثلٍ وزناً بوزنٍ يداً بيدٍ، والفضلُ رباً، والحِنْطةُ بالحِنطة مِثْلاً بمثلٍ كَيْلاً بكيلٍ يداً بيدٍ، والفضلُ رباً، والشعيرُ بالشعيرِ مِثْلاً بمثلٍ كيلاً بكيلٍ يداً بيدٍ، والفضلُ رباً، والتمرُ بالتمرِ مثلاً بمثلٍ كيلاً بكيلٍ، والفضلُ رباً، والمِلحُ بالمِلحِ مثلاً بمثلٍ كَيلاً بكيلٍ يداً بيد، والفضلُ رباً»[1].

---

(١) أخرجه بلفظ المصنف محمد بن الحسن في كتابه «الآثار» كما في «عقود الجواهر المنيفة» للمرتضى الزبيدي ٢/٤٣ عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري.

وأخرج الإمام مسلم في «صحيحه» ٣/ص١٢١١ (١٥٨٤) (٨٢) قبل (١٥٨٨) من طريق إسماعيل بن مسلم العبدي، عن أبي المتوكل الناجي عن أبي سعيد، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُرُّ بالبُرِّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثلٍ، يداً بيدٍ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء». وهو في «المسند» (١١٤٦٦).

وأخرجه من حديث عبادة بن الصامت مسلم (١٥٨٧) (٨١) بلفظ «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، =

وأجمعت الأُمةُ على تعدِّي الحُكمِ منها إلى غيرها إلا ما يروى عن عثمانَ البَتِّي وداودَ الظاهريِّ[1]، ولا اعتمادَ عليه.

قال: (وعِلَّتُه عندنا الكَيْلُ والوَزنُ مع الجِنْسِ) لقوله عليه السلام في آخر الحديث: «وكذٰلك كلُّ ما يُكال ويُوزَن»[2] رواها مالك بنُ أنس

= والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هٰذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد». وانظر ما قبله فيه. وهو في «المسند» (٢٢٧٢٧).

وأخرجه من حديث أبي هريرة مسلم (١٥٨٨) بلفظ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلاً بمثلٍ، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، إلا ما اخلتفت ألوانه». ولم يذكر فيه الذهب والفضة.

وأخرج البزار في «مسنده» (١٣٦٢) من طريق أبي حمزة، عن سعيد بن المسيب عن بلال قال: كان عندي تمر فبعته في السوق بتمرٍ أجودَ منه بنصف كيله فقدمته إلى رسول الله ﷺ فقال: «ما رأيت اليوم تمـراً أجود منه من أين هٰذا يا بلال؟» فحدثته بما صنعت فقال: «انطلق فرده على صاحبه وخذ تمرك فبعه بحنطة أو شعير ثم اشتر به من هٰذا التمر» ففعلت، فقال رسول الله ﷺ: «التمر بالتمر مثلاً بمثل، والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل، والذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة وزناً بوزن، فما كان من فضل فهو رباً».

(١) في (س): عن البتي والظاهري، وفي (م): عن عثمان وداود الظاهري.

(٢) أخرجه مرسلاً الدارقطني (٢٨٣٤) من طريق المبارك بن مجاهد، عن مالك بن أنس عن أبي الزناد، عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ قال: «لا ربا إلا في ذهب أو فضة، أو مما يكال أو يوزن، ويؤكل ويشرب» وقال: هٰذا=

. . . .

ومحمد بنُ إسحاق الحنظليُّ، بيَّن أن العلَّةَ هي الكيلُ والوزنُ، وقولُه عليه السلام: «لا تبيعوا الصاعَ بالصَّاعَين، ولا الصَّاعَين بالثلاثة»[1]، وهٰذا عامٌّ في كلِّ مَكِيلٍ سواءٌ كان مطعوماً أو لم يكن، ولأن الحكم متعلِّق بالكيل والوزن، إما إجماعاً، أو لأنَّ التساوي حقيقةً لا يُعرَف إلا بهما، وجعلُ العلَّةِ ما هو متعلِّقُ الحكمِ إجماعاً، أو مُعرِّفاً للتساوي حقيقةً أولى من المَصير إلى ما اختلفوا فيه، ولا يُعرفُ التساوي حقيقةً، ولأن التساوي والمُماثَلةَ شرطٌ لقوله عليه السلام: «مِثْلاً بمِثْلٍ»[2]، وفي بعض الروايات: «سَواء بسَواءٍ»[2] أو صيانةً لأموال

= مرسل، ووهم المبارك على مالك برفعه إلى النبي ﷺ، وإنما هو من قول سعيد ابن المسيب، مرسل.

وأخرج مالك في «الموطأ» ٢/ ٦٣٥، ومن طريقه عبد الرزاق (١٤١٣٩)، والبيهقي في «المعرفة» (١١٠٦٤) عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب من قوله: لا ربا إلا في ذهب أو في فضة، أو ما يكال أو يوزن، مما يؤكل أو يشرب.

وأخرج البخاري (٢٣٠٢) و(٢٣٠٣)، ومسلم (١٥٩٣) من طريق سعيد بن المسيب عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءهم بتمرٍ جنيبٍ، فقال: «أكُلُّ تمر خيبر هٰكذا»، فقال: إنا لنأخذُ الصاعَ من هٰذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: «لا تفعل بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً». وقال في الميزان مثل ذٰلك.

(١) انظر ما قبله.

(٢) سلف تخريجه في الصفحة ٧٠-٧١.

فإذا وُجِدا حَرُمَ التَّفاضُلُ والنَّساء، وإذا عُدِما حَلاًّ، وإذا وُجِدَ أحدُهما خاصَّةً حَلَّ التَّفاضُلُ وحَرُمَ النَّساءُ (ف)، . . . .

الناس، والمماثلةُ بالصورة والمعنى أتمُّ وذٰلك فيما قلناه، لأن الكَيلَ والوزنَ يوجِبُ المُماثلةَ صورةً، والجنسيَّةُ توجبُها معنىً فكان أولى.

وهٰذا أصلٌ يُبتَنَى عليه عامةُ مسائل الرِّبا، فنذكر بعضَها تنبيهاً على الباقي لمن يتأمّلُها: منها لو باع حَفْنَةَ طعام بحَفْنَتين، أو تفاحةً بتفاحتين يجوزُ لعَدَم الكَيل والوزن ولو باع قفيزَ جِصٍّ أو نُورَةً بقَفِيزين أو رِطْلَ حديدٍ برطلين لا يجوز لوجود العِلَّة وهو الكيلُ أو الوزن.

وإذا ثبت أن العلَّة ما ذكرنا (**فإذا وُجِدا حَرُمَ التَّفاضُلُ والنَّساء**) عملاً بالعلة (**وإذا عُدِما حَلاًّ**) لعدم العلةِ المحرِّمة، ولإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(**وإذا وُجِدَ أحدُهما خاصَّةً حَلَّ التَّفاضُلُ وحَرُمَ النَّساءُ**) أما إذا وُجد المِعْيارُ وعُدِم الجنسُ كالحِنطةِ بالشَّعير، والذهبِ بالفضةِ، فلقوله عليه السلام: «إذا اختلَفَ الجنسان ـ ويُروى «النوعان» ـ فبيعوا كيف شئتُم بعدَ أن يكون يداً بيدٍ»[1]، وأما إذا وُجدت الجنسيةُ وعُدم المِعيارُ كالهَرَوي بالهَرَوي، فإن المُعجَّل خيرٌ من المؤجَّل وله فضلٌ عليه، فيكون الفضلُ من حيث التعجيل رباً، لأنه فضلٌ يمكن الاحترازُ عنه، وهو مشروطٌ في العَقْدِ فيَحرُمُ.

---

(١) سلف تخريجه ص١٠.

وجَيِّدُ مالِ الرّبا ورَدِيئُه عند المُقابَلَةِ بجِنسْهِ سَواء، وَما وَرَدَ النَّصُّ بكَيْلِه فهو كَيْلِيٌّ، وما وَرَدَ بوَزْنِه فوَزْنيٌّ.

وَعَقْدُ الصَّرْفِ يُعْتَبَرُ فيه قبْضُ عِوَضَيْهِ في المجلِسِ، ....

قال: (وجَيِّدُ مالِ الرّبا ورَدِيئُه عند المُقابَلَةِ بجِنسْهِ سَواء) لقوله عليه السلام: «جيِّدُها ورديئُها سواء»[1]، ولأن في اعتباره سدَّ باب البِيَاعات فيَلْغُو.

قال: (وَما وَرَدَ النَّصُّ بكَيْلِه فهو كَيْلِيٌّ، وما وَرَدَ بوَزْنِه فوَزْنيٌّ) اتباعاً للنصِّ. وعن أبي يوسف أنه يُعتَبر فيه العُرف أيضاً، لأن النصَّ ورَدَ على عادتهم فتُعتبر العادةُ، وما لا نصَّ عليه يعتبَرُ فيه العُرف لأنه من الدَّلائل الشرعية.

قال: (وعَقْدُ الصَّرْفِ يُعْتَبَرُ فيه[2] قبْضُ عِوَضَيْهِ في المجلِسِ) لقوله عليه السلام: «الفضةُ بالفِضةِ هاءً وهاءً، والذهبُ بالذهبِ هاءً وهاءً»[3] أي: يداً بيدٍ.

---

(١) لم نقف عليه بهٰذا اللفظ ومعناه في حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة المخرج في البخاري (٢٣٠٢) و(٢٣٠٣)، ومسلم (١٥٩٣) ولفظه: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءهم بتمر جنيب، فقال: «أَكُلُّ تمر خيبر هٰكذا؟»، فقال: إنا لنأخذ الصاع من هٰذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: «لا تفعل بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً». وقال في الميزان مثل ذٰلك.

(٢) لفظة: «فيه» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

(٣) أخرجه من حديث عمر البخاري (٢١٣٤)، ومسلم (١٥٨٦)، وهو في «المسند» (١٦٢).

وما سِوَاهُ من الرِّبَوِيَّاتِ يَكفِي فيه التَّعْيينُ. ويجُوزُ بَيعُ فَلْس بِفَلْسَينِ بأعيانِهما (م)، . . . .

(وما سِوَاهُ من الرِّبَوِيَّاتِ يَكفِي فيه التَّعْيينُ) لأنه يتعيَّن بالتعيين ويتمكنُ من التصرُّف فيه، فلا يُشترَط قبضُه كالثِّياب بخلاف الصَّرْف، لأن القبضَ شرطٌ فيه للتعيين، فإنه لا يتعيَّن بدون القَبض على ما يأتي إن شاء الله تعالى، ومعنى قوله عليه السلام: «يداً بيد»[1] أي: عيناً بعَين، وهو كذٰلك في رواية ابن الصَّامِت.

قال: (ويجُوزُ بَيعُ فَلْس بِفَلْسَينِ بأعيانِهما)، وقال محمد: لا يجوزُ لأنها أثمانٌ فصارت كالدراهم والدنانير، وكما إذا كانا بغير أعيانِهما. ولهما أن ثمنيَّتَها بالاصطلاح فيبطُلُ به أيضاً، وقد اصطلحا على إبطالها، إذ لا وِلايةَ عليهما في هٰذا الباب، بخلاف الدراهمِ والدنانيرِ لأنها خُلِقت ثمناً، وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانِهما، لأنه بيعُ الكالِئ بالكالِئ، وهو منهيٌّ عنه[2].

---

(١) سلف تخريجه ص٧٠.

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ٢١، وابن عدي في «الكامل» ٦/ ٢٣٣٥، والبيهقي ٢/ ٢٩٠، والبغوي في «شرح السنة» (٢٠٩١) من حديث موسى بن عبيدة، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً. وموسى بن عبيدة، قال أحمد بن حنبل: لا تحل عندي الرواية عنه، ولا أعرف هٰذا الحديث من غيره، وقال أيضاً: ليس في هٰذا حديث يصح، لٰكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هٰذا الحديث، وقال ابن عدي: والضعف على حديثه بين. =

ولا يجُوز بَيعُ الحِنْطَةِ بالدَّقِيقِ ولا بالسَّوِيقِ ولا بالنُّخَالةِ، ولا الدَّقِيقِ بالسَّوِيقِ (سم)، . . . .

قال: (**ولا يجُوز بَيعُ الحِنْطَةِ بالدَّقِيقِ ولا بالسَّوِيقِ ولا بالنُّخَالةِ، ولا الدَّقِيقِ بالسَّوِيقِ**) والأصلُ فيه أن شُبهةَ الرِّبا وشُبهةَ الجِنسيَّة مُلحَقَةٌ بالحقيقة في باب الرِّبا احتياطاً للحُرمة، وهٰذه الأشياء جنسٌ واحدٌ نظراً إلى الأصل، والمخلِّص هو التساوي في الكَيل، وأنه متعذِّر لانكِباس الدَّقيق في المِكْيال أكثرَ من غيره، وإذا عُدِم المخلِّص حَرُم البيع. وكذا لا تجوز المَقليَّة بغير المقليَّة ولا بالسَّويق والدَّقيق ولا المطبوخةُ بغير المطبوخة لتعذُّر التساوي بينهما بفعل العبد، وفعلُه لا يؤثِّر في إسقاط ما شُرِط عليه، ويجوزُ بيع المَبْلولَةِ بمِثلها وباليابسةِ، والرَّطْبةِ بمثلِها وباليابسةِ لأن التفاوتَ بينهما بصُنْع الله تعالى فيجوزُ، وأما المَبْلولةُ فلأنها خُلِقت في الأصل نَدِيَّةً، فالبلُّ يعيدُها إلى ما خُلِقت عليه كأنها لم تتغير، فصارت كالسَّليمةِ بالمُسَوِّسَة، والعَلِكَة[1] بالرَّخْوةِ، وقال أبو

= وقد أخرجه الدارقطني (٣٠٦٠)، والحاكم ٢/ ٥٧ من طريق عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وغلطهما البيهقي، وقال: إنما هو موسى بن عبيدة الربذي، وقال الحافظ في «التلخيص» ٣/ ٢٦ وصححه الحاكم على شرط مسلم فوهم، فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة، ثم نقل عن الدارقطني في «العلل» بأن موسى بن عبيدة تفرد به، وقال: فهٰذا يدل على أن الوهم في قوله (أي: الدارقطني) موسى بن عقبة من غيره.

(١) قال العلامة العيني في «البناية» ٨/ ٢٨٥: الحنطة العَلِكَة، بفتح العين=

يوسف ومحمد: يجوز بيعُ الدَّقيق بالسَّويق، لأنهما جنسان نظراً إلى اختلاف المَقصود، وجوابُه ما بينا، ولأن مُعظَمَ المقصود التَّغذِّي وهو يشمَلُهما، ويجوزُ بيع هٰذه الأشياء بعضِها ببعض متماثلاً للتَّساوي. ويجوزُ بيع الخبز بالدَّقيق والحنطةِ كيف كان لأنه عدديٌّ أو وزنيٌّ بكَيْليٍّ، وكذٰلك إن كان أحدُهما نسيئةً والآخرُ نقداً، وفي هٰذه المسائل اختلافٌ وتفصيل والفتوى على ما ذكرتُه.

قال: (ويجُوزُ بَيعُ الرُّطَبِ بالرُّطَبِ وبالتَّمرِ مُتَماثِلاً)[1] فكذا التمرُ بالبُسْرِ والرُّطبُ بالبُسْرِ، لأن الجنسَ واحدٌ باعتبار الأصل. قال عليه السلام: «التمرُ بالتمرِ مِثْلاً بمِثْلٍ»[2] وصار كاختلاف أنواع التَّمر، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوزُ بيع الرُّطَب بالتمر لما روي أنه عليه السلام سُئل عنه فقال: «أوَينقُصُ إذا جَفَّ؟» قالوا: نعم، قال: «لا إذاً»[3]،

= المهملة وكسر اللام الجيدة، قال ابن دريد: طعام علك: متين المضغة، وهي التي تكون كالعلك من صلابتها يتمدد من غير انقطاع.

(١) في (س): مماثلاً، والمثبت من (م).

(٢) سلف تخريجه ص٧٠.

(٣) صحيح، أخرجه مالك في «الموطأ»٢/ ٦٢٤، ومن طريقه أخرجه الشافعي في «الرسالة» (٩٠٧)، وعبد الرزاق (١٤١٨٥)، وأبو داود (٣٣٥٩)، وابن ماجه (٢٢٦٤)، والترمذي (١٢٢٥)، والنسائي ٧/ ٢٦٨، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ٦، عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان، عن أبي عياش زيد بن عياش، عن سعد بن أبي وقاص، وصححه ابن حبان (٤٩٩٧) والحاكم ٢/ ٣٨، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم.

ولأن الرُّطَبَ ينكبسُ أكثرَ من التمر، ولأبي حنيفة ما روي أنه لمّا دَخَل العراق سُئل عن ذٰلك، فقال: يجوز، لأن الرُّطب إن كان من جنس التمر جازَ لقوله عليه السلام: «التمرُ بالتَّمر مِثْلاً بمِثْلٍ»، وإن لم يكن تمراً جاز لقوله عليه السلام: «إذا اختَلَفَ النوعان فبيعُوا كيف شِئتُم»[1]، وَرَدَّ ما روياه من الحديث وقال: مدارُه على زيد بن عيَّاش وهو ضعيف، حتى قال عبدُ الله بن المبارك: كيف يقال إن أبا حنيفةَ لا يَعرفُ الحديث وقد عَرَفَ مثلَ هٰذا الإسناد؟! ولأنه باع التمرَ بالتمرِ لأن الرُّطَبَ تمرٌ، قال عليه السلام لمَّا أُهدي له رُطَبٌ من خيبرَ: «أَكُلُّ تمرِ خيبرَ هٰكذا؟»[2]، وقولُه: الرُّطبُ ينكَبسُ أكثرَ من التمر، قلنا: هٰذا التفاوتُ نَشَأَ من الصفات الفِطْريَّة، وأنه موضوعٌ عنا فيما شُرِط علينا من رعاية المُماثَلَة لأنه جاء من قِبَل صاحب الحقّ، وقد تعذَّرَ الاحترازُ عنه، بخلاف ما إذا جاء من جِهةِ العبد على ما مرَّ آنفاً.

قال: (**ويجُوزُ بَيعُ اللَّحمِ بالحَيَوانِ**) وقال محمد: لا يجوزُ إذا باعه بجنسِه إلا بطريق الاعتبار، وهو أن يكون اللحمُ المُفرزُ أكثرَ من اللحم الذي في الشاة ليكون الفاضل بالسَّقَط تحرُّزاً عن الربا، وهو زيادة السَّقَط وصار كالزيت بالزيتون. ولهما أنه باع موزوناً بعدَديٍّ ولا يُعرف ما فيه من اللحم بالوزن، لأن الحيوان يخفِّفُ نفسَه في الميزان مرّةً

(١) سلف تخريجه ص١٠.

(٢) هو حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة السالف تخريجه ص٧٢.

ويجُوزُ بَيعُ الكِرْباسِ بالقُطْنِ ولا يجُوزُ بَيعُ الزَّيتِ بالزَّيتُونِ، ولا السِّمْسِمِ بالشَّيْرَجِ إلاَّ بطرِيقِ الاعْتِبارِ، ولا رِبا بَينَ المُسلِمِ والحَرْبِيّ في دارِ الحربِ (س)،

ويُثَقِّلها أخرى بخلاف الزيت والزيتون، لأن ذٰلك يُعرَف عند أهل الخِبرة به فافترقا.

قال: (**ويجُوزُ بَيعُ**[1] **الكِرْباسِ**[2] **بالقُطْنِ**)، لاختلاف الجِنس باعتبار المقصود والمِعيار ولا خلافَ فيه، والقطنِ بالغَزْلِ يجوز عند محمد لما ذكرنا، خلافاً لأبي يوسف للمُجانَسَةِ، والفتوى على قول محمد.

قال: (**ولا يجُوزُ بَيعُ الزَّيتِ بالزَّيتُونِ، ولا السِّمْسِمِ بالشَّيْرَجِ إلاَّ بطرِيقِ الاعْتِبارِ**) تحرُّزاً عن الربا وشُبهتِه، وكذٰلك كلُّ ما شابهه كالعِنب بدِبْسِه والجوزِ بدُهْنِه وأمثاله، واللُّحمان أجناسٌ مختلفةٌ يجوز بيع بعضِها ببعض متفاضلاً حتى لا يُكمَّل نصابُ بعضِها من الآخر، إلا أن البقر والجواميس جنسٌ، والمَعْزُ والضَّأْنُ جنسٌ، والبُخْتُ والعِرَابُ جنسٌ، وكذٰلك الألبانُ والشَّحْمُ والأَلْيَةُ جنسان، وشَحْمُ الجَنْبِ لحمٌ، ويُعرَفُ تمامُه في الأيمان.

قال: (**ولا رِبا بَينَ المُسلِمِ والحَرْبِيّ في دارِ الحربِ**) خلافاً لأبي يوسف، وعلى هٰذا القمارُ لأن الربا والقمارَ حرامٌ، فلا يحلُّ في دارهم كالمُستأمَن في دارنا، ولهما أن مالَهم مباحٌ، إلا أنه بالأمان حَرُمَ عليه

---

(١) لفظه: «بيع» أثبتناها من (م)، وهي ليست في (س).

(٢) الكرباس: ثوب من القطن وانظر ما سلف ص٥٥..

ويُكرَه السَّفاتِجُ.

باب السَّلَم

....

التعرُّض إليه بغير رِضاهم تحرُّزاً عن الغَدْر ونَقْضِ العهد، فإذا رَضُوا به حلَّ أخذُه بأيِّ طريق كان، بخلاف المستأمَن، لأن مالَه صار محظوراً بالأمان.

قال: (ويُكرَه السَّفاتِجُ) وهو قرضٌ استفاد به المُقرِضُ أمْنَ الطريق، لقوله عليه السلام: «كلُّ قَرْضٍ جرَّ منفعةً فهو ربا»[1]، وصورتُه: أن يُقرِضَه دراهمَ على أن يُعطِيَه عِوَضها في بلدِه، أو على أن يحمِيَه في الطريق.

باب السَّلَم

وهو في اللغة: التقديمُ والتسليمُ وكذلك السلف.

وهو في الشرع: اسمٌ لعَقْد يُوجب الملكَ في الثمن عاجلاً وفي المُثَمَّن آجلاً، وسُمِّي به لما فيه من وجوب تقديم الثَّمن، وقال القُدُوري: السَّلَم في لغة العرب: عقدٌ يتضمنُ تعجيلَ أحد البَدَلين وتأجيلَ الآخر.

---

(١) خبر لا يصح، أخرجه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده ـ زوائد الهيثمي» ١/ ٥٠٠، وفي «مسنده» كما في «إتحاف الخيرة» للبوصيري (٣٩٥٠) من طريق حفص بن حمزة، عن سوار بن مصعب، عن عمارة الهمداني عن علي مرفوعاً. وسوار متروك الحديث.

وهو نوعٌ من البيع، لٰكن لما اختصَّ بحُكم ـ وهو تعجيلُ الثمن ـ اختصَّ باسمٍ، كالصَّرْف لما اختصَّ بوجوب تعجيل البَدَلين اختصَّ باسم.

وهو عقدٌ شُرِع على خِلاف القياس لكونه بيعَ المعدوم، إلا أنا تركنا القياسَ بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابنُ عباس: أشهد أن الله تعالى أجازَ السَّلَم وأنزل فيه أطولَ آية في كتابه وتلا هٰذه الآية[١].

وأما السنة فقوله عليه السلام: «مَن أسلَمَ منكم فليُسلِم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ»[٢]، ويروى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليسَ عندَ الإنسان ورخَّص في السَّلَم[٣]. وعليه الإجماع.

---

(١) أخرج قول ابن عباس الشافعي في «مسنده» ٢/ ١٧١، وعبد الرزاق (١٤٠٦٤)، وابن أبي شيبة ٧/ ٥٦، والطبراني في «الكبير» (١٢٩٠٣)، والحاكم ٢/ ٢٨٦ من طريق قتادة، عن أبي حسان، عنه قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمًّى قد أحله الله في الكتاب، وأَذِنَ فيه، قال الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ الآية. وسنده صحيح.

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٢٢٣٩) و(٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤)، وهو في «المسند» (١٨٦٨) و(١٩٣٧).

(٣) هما حديثان، فالحديث الأول: «لا تبع ما ليس عندك» أخرجه أبو داود (٣٥٠٣)، وابن ماجه (٢١٨٧)، والترمذي (١٢٣٢) و(١٢٣٥)، والنسائي =

كلُّ ما أمكَنَ ضَبطُ صِفَتِهِ ومعرِفةُ مِقدارِه جازَ السَّلَمُ فيه، وما لا فَلا.

ويُسمى بيعَ المَفاليس، شُرع لحاجتهم إلى رأس المال، لأن أغلَبَ مَن يعقدُه مَن لا يكون المُسْلَمُ فيه في مُلكِه، لأنه لو كان في ملكِه يبيعُه بأوفرِ الثمنين فلا يحتاجُ إلى السَّلَم.

وينعقدُ بلفظ السَّلَم، وهو أن يقول: أسلمتُ إليك عشرةَ دراهمَ في كُرِّ حِنْطةٍ لأنه حقيقةٌ فيه، وبلفظ السَّلَف أيضاً لأنه بمعناه، وبلفظ البيع في رواية الحسن لأنه نوعُ بيعٍ، وفي رواية «المجرّد»: لا، والأوّل أصحُّ.

قال: (**كلُّ ما أمكَنَ ضَبطُ صِفَتِهِ ومعرِفةُ مِقدارِه جازَ السَّلَمُ فيه**) لأنه لا يؤدِّي إلى المُنازعة.

(**وما لا فَلا**) لأنه يكونُ مجهولاً فيؤدِّي إلى المُنازعة، وهٰذه قاعدةٌ يُبتَنَى عليها أكثرُ مسائل السَّلَم، ولا بدَّ من ذكر بعضِها ليُعرَفَ باقيها بالتأمُّل فيها، فنقول: يجوز في المَكِيلات والمَوزُونات والمزروعاتِ والمَعدوداتِ المتقاربةِ كالجَوز والبَيض، لأنه يمكنُ ضبطُ صفتِه ومعرفةُ مقدارِه[1]، ولا يجوزُ في العَدَديات المتفاوتةِ كالبِطِّيخ والرُّمَّان

= ٧/ ٢٨٩، وهو في «المسند» (١٥٣١١)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٨٣) من حديث حكيم بن حزام، وهو حديث صحيح لغيره. وانظر تخريج حديث عبد الله ابن عمرو السالف تخريجه ص٢٩.

والحديث الثاني: رخص في السلم هو معنى حديث: «إلى أجل معلوم»، السالف قبله. وانظر قول ابن عباس الذي مر قبل قليل.

(١) في (م): قدره، والمثبت من (س).

وشَرائِطُه: تَسمِيةُ الجِنْسِ والنَّوعِ والوَصْفِ والأَجَلِ والقَدْرِ ومكانِ الإيفاءِ (سم) إنْ كان له حَمْلٌ ومَؤُونَةٌ، وقَدْرِ (سم) رأسِ المالِ في المَكِيلِ والمَوزُونِ والمَعدودِ، وقَبْضُ رأسِ المالِ قَبلَ المُفارَقَةِ، . . . .

وأشباهِهِما، ولا في الجَوهر والخَرَز لأنه لا يمكن ذٰلك فيه، ويجوزُ في الطَّسْتِ والقُمْقُم والخُفَّين ونحوه لما ذكرنا، ولا يجوز في الخبز لتفاوتِه تفاوتاً فاحشاً بالثَّخانةِ والرِّقَّة والنُّضج، ويجوز عندهما وهو المختارُ لحاجةِ الناس إليه[1]، ولا يجوزُ استقراضُه عند أبي حنيفة لتفاوتِه عدداً من حيثُ الخِفَّة والثِّقَل، ووزناً من حيثُ الصَّنْعة، وعند أبي يوسف: يجوزُ وزناً لا عدداً، لأن الوزن أعدلُ، وعند محمد: يجوزُ بهما وهو المُختار لتعامل الناسِ به وحاجتِهم إليه.

قال: (**وشَرائِطُه: تَسمِيةُ الجِنْسِ والنَّوعِ والوَصْفِ والأَجَلِ والقَدْرِ ومكانِ الإيفاءِ إنْ كان له حَمْلٌ ومَؤُونَةٌ، وقَدْرِ رأسِ المالِ في المَكِيلِ والمَوزُونِ والمَعدودِ، وقَبْضُ رأسِ المالِ قَبلَ المُفارَقَةِ**) لأن بذِكر هٰذه الأشياء تنتفي الجهالةُ وتنقطع المُنازعةُ، وعند عدمها يكون المُسْلَمُ فيه مجهولاً فيُفضي إلى المُنازعة، فالجنسُ كالحِنطةِ والتمرِ، والنوعُ كالبَرْني والمكتومِ في التمر، وفي الحِنطةِ كسهليَّةٍ وجبليَّةٍ، والوصفُ كالجيِّد والرَّديء، والأجلُ كقوله إلى شهرٍ ونحوِه وهو شرطٌ، قال عليه السلام: «إلى أجلٍ معلوم»[2] ولما بينا أنه شُرِع دفعاً لحاجةِ المفاليس،

---

(١) لفظة: «إليه» ليست في (س)، وهي مثبتة في (م).

(٢) سلف تخريجه في الصفحة ٨١.

. . . .

فلا بدَّ من التأجيل ليَقدِرَ على التحصيل، وتقديرُه إلى المتعاقِدَين، ذكره الكَرْخيُّ. وعن الطحاوي: أقلُّه ثلاثةُ أيامٍ، رواه عن أصحابنا اعتباراً بمدَّة الخِيار، وروي عنهم: لو شَرَط نصفَ يوم جاز لأن أدنى مدَّةِ الخِيار لا تتقدر فكذلك أجلُ السَّلَم، وعن محمد: شهرٌ وهو الأصح، لأنه أدنى الآجِلِ وأقصى العاجل.

وأما القَدْر فقوله: كذا قفيزاً أو كذا رِطْلاً، وشُرِطَ لقوله عليه السلام: «فليُسْلِم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلوم»[1].

وأما مكانُ الإيفاء فقولنا: في مكان كذا، وإنما يُشترطُ إذا كان له حَمْلٌ ومَؤُونَةٌ، وقالا: لا يُشترَط ويُوفِّيه في مكان العَقد، لأن مكان العقد متعيِّنٌ لعدم المُزاحمةِ كما في البيع وكما ما لا حَمْلَ له، وله أن التسليم غيرُ واجبٍ في الحال، وإنما يجبُ إذا حلَّ الأجلُ ولا يدري أين يكون عند حُلوله فيحتاجُ إلى بيان موضع الإيفاء قطعاً للمُنازعة، ولأن القيمةَ تختلفُ باختلاف الأماكن، بخلاف البيع لأنه يُوجبُ التسليمَ في الحال، ولا منازعةَ فيما لا حَمْل له، وعلى هٰذا الخلاف الأجرةُ والثمنُ إذا كان له حَمْلٌ[2]، والقِسمةُ وهو أن يزيد على أحد النَّصيبين شيئاً له حَمْلٌ ومؤونة، وإذا شَرَط مكاناً يتعيَّنُ عَمَلاً بالشرط، وأما ما ليس له حملٌ ومؤونة كالمِسْك والكافور ونحوِهما لا يُشترط ذٰلك بالإجماع،

---

(١) انظر ص٨١.

(٢) زاد هنا في (م): «ومؤونة» ولم ترد في (س).

. . . .

وهل يتعين مكانُ العقد؟ عنه روايتان، الأصحُّ أنه يتعيَّن، ولو شَرَط له مكاناً، قيل: لا يتعيَّن لعدم الفائدة، وقيل: يتعيَّن للفائدة، لأن قيمةَ العَنبر في المِصر أكثرُ منها في السواد، ولأن فيه أمْنَ خَطَر الطريق.

وأما بيانُ قَدْر رأسِ المال فمذهبُ أبي حنيفةَ، وقالا: يُكتفى بالإشارة لأنه يصيرُ معلوماً بها، وصار كالثوب إذا كان رأسَ المال، وله: أنه يُفضي إلى المُنازعة لأنه ربما يجدُ بعضَها زُيوفاً وقد أنفقَ البعضَ فيردّه ولا يستبدل في المجلس، وفي المِثْليّات ينقسمُ المُسْلَمُ فيه على قَدْر رأس المال فينتقضُ السَّلَم بقَدْر ما رَدَّ، ولا يُدرَى قَدْرُ الباقي فيُفضي إلى المُنازعة، والموهومُ في هٰذا العَقْد كالمُتحقِّق لشرعيَّتهِ على خلاف القياس، بخلاف الثوب لأن العقدَ لا يتعلَّق على مِقدارِه، وعلى هٰذا إذا أسْلَمَ في جنسين ولم يبيِّن رأسَ مال كلِّ واحدٍ منهما، أو أسْلَمَ الدراهمَ والدنانيرَ ولم يبيِّن مقدارَ أحدهما. وصورةُ المسألة أن يقول: أسلمتُ إليك هٰذه الدراهمَ في كُرِّ حنطةٍ ونحوه، أو أسلمتُ إليك هٰذه الدنانيرَ في كذا، أو يقول: أسلمتُ إليك عشرةَ دراهمَ في كُرِّ حنطةٍ وكُرِّ شعيرٍ، أو في ثوبين مختلِفَين ولم يبيِّن حِصَّةَ كلِّ واحد منهما، ولو كان رأسُ المال غيرَ مِثْليٍّ كالثوب والحيوان يجوزُ وإن لم يعلم قيمتَه وذَرْعَه، لأن المُسْلَمَ فيه لا ينقسم على عدد الذُّرْعان لتفاوتها في الجَودة، ولا على القيمة لأنها غيرُ داخلةٍ في العَقد فلا يفيدُ معرفتهما فلا يُعتبر.

. . . .

وأما قبضُ رأس المال قبلَ المُفارقةِ فلأن السَّلَم أخْذُ عاجلٍ بآجلٍ على ما مَرَّ، فيجب قبضُ أحد العِوَضين ليتحققَ معنى الاسم، ولا يجبُ قبضُ المُسْلَم فيه في الحال فيجب قبضُ رأس المال، ثم إن كان رأس المال دَيناً يصيرُ كالِئاً بكالِئٍ وإنه منهيٌّ عنه[1]، وإن كان عيناً، فالقياسُ أن القبضَ ليس بشرطٍ لأنه يتعينُ، فقد افترقا عن دَينٍ بعين، والاستحسانُ أنه شرطٌ عملاً بالخبر ومقتضى لفظ السَّلَم، ولهٰذا لا يجوز فيه خيارُ الشرط، لأنه يمنعُ صحَّةَ التسليم، فيُخِلُّ به، ولا يجوزُ أخذُ عِوَضِ رأسِ المال من جنسٍ آخر، لأنه يفوِّتُ قبضَ رأس المال المشروط، وكذا لا يجوزُ الإبراءُ منه، لما بينا، فإن قَبلَ الإبراءَ، سقط القبضُ، وبَطَلَ العقدُ، وإن ردَّه لم يَبطُل، لأنه صحَّ بتراضيهما فلا يَبطُلُ إلا بتراضيهما، فإن أعطاه من جنسِه أردأ منه فرضيَ المُسْلَمُ إليه به، جاز، لأنه ليس بِعَوضٍ، وإن خالف في الصفة، وكذٰلك إن أعطى أجودَ منه، ويُجبَرُ على الأخذ خلافاً لزفر، له: أنه تَبرَّع عليه بالجَودة فله أن لا يقبل، ولنا: أن الجَودةَ لا تُخرجُه من الجنس، وهي غيرُ منفردةٍ عن العَين، فلا يُعتَبر فيه الرِّضا إذا تبرَّع بها كالرُّجْحانِ في الوزن، وأما المُسْلَمُ فيه، فالإبراءُ عنه صحيحٌ، لأنه دَينٌ لا يجب قبضُه في المجلس، فيصحُّ الإبراءُ عنه كسائرِ الديون، ولا يجوز أن يأخذ عِوضَه خلافَ جنسِه، قال عليه السلام: «من أسلَمَ في شيءٍ، فلا

---

(١) سلف تخريجه ص٧٥.

. . . .

يصرِفْه إلى غيره»[١]، وعن الصحابة موقوفاً ومرفوعاً: «ليس لكَ إلا سَلَمُكَ أو رأسُ مالك»[٢]، فإن أعطاه من الجنس أجودَ أو أردأَ جاز

---

(١) أخرجه من حديث أبي سعيد الخدري أبو داود (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢٢٨٣)، والترمذي في «العلل الكبير» ١/ ٥٢٤ من طريق زياد بن خيثمة، عن سعد الطائي، عن عطية بن سعد العوفي، عن أبي سعيد الخدري، وحسنه الترمذي في «العلل». وفي تحسينه وقفة، فإن فيه علتين: الأولى: عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف عند عامة أهل الحديث، والثانية: ما قاله أبو حاتم الرازي في «العلل» ١/ ٣٨٧: إنما هو سعد الطائي عن عطية عن ابن عباس قوله. وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» ٣/ ٢٥: وأعله (أي الحديث) أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب.

وأخرجه ابن ماجه (٢٢٨٣م) من طريق زياد بن خيثمة عن عطية عن أبي سعيد. وسقط من إسناده سعد الطائي. وإسناده ضعيف كسابقه.

(٢) أخرجه مرفوعاً الدارقطني (٢٩٧٧) من طريق إبراهيم بن سعيد الجوهري عن أبي بدر شجاع بن الوليد عن زياد بن خيثمة، عن سعد بن عطية، عن عطية بن سعد العوفي، عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله». وإسناده ضعيف لضعف عطية العوفي.

وأخرج ابن قطلوبغا ص٢٢٦ حديثاً آخر مرفوعاً عن ابن عمر، ونسبه للدارقطني، ولم نجد في «سننه» سوى حديث أبي سعيد الخدري هٰذا.

وأخرجه موقوفاً عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤١٠٦) عن معمر عن قتادة عن ابن عمر قال: إذا سلَّفت في شيءٍ، فلا تأخذ إلا رأس مالك، أو الذي سلَّفت فيه. =

. . . .

على ما تقدّم. وشرطٌ آخرُ وهو أن لا يجتمع في البَدَلين أحد وَصْفَي علَّةِ الربا، حتى لا يجوزَ إسلامُ الهروي في الهروي، ولا إسلامُ الكَيْلي في الكَيْلي كالحِنطة في الشعير، ولا الوزني في الوزني كالحديدِ في الصُّفْر أو في الزَّعفران ونحو ذٰلك، لقوله عليه السلام: «إذا اختلفَ الجِنسان فبيعوا كيفَ شئتُم بعدَ أن يكون يداً بيدٍ، ولا خير فيه نَسيئةً»[1] وهٰذا مطَّردٌ إلا في الأثمان، فإنه يجوز إسلامُها في الوزنيَّات ضرورةً لحاجة الناس، ولأن الأثمان تُخالف غيرَها من الوزنيات في صفةِ الوزن، لأنها توزَن بصَنْجات الدراهم والدنانير، وغيرُها توزن بالأرْطَال والأمناء، والأثمانُ لا تتعيَّنُ بالتعيين، وغيرُها يتعين فلم يجمعهما أحدُ وَصْفَي العِلة من كلِّ وجه، فجاز إسلامُ أحدِهما في الآخر، ولو أسلم مَكيلاً في مَكيلٍ وموزونٍ ولم يبيِّن حِصَّةَ كلِّ واحد منهما كما إذا أسلَمَ كُرَّ حنطةٍ في كُرِّ شعير وعشرةِ أرطالِ زيتٍ فإنه يَبطُلُ في الكُلِّ، وقالا: يجوز في حِصَّةِ الموزون بناءً على أن الصفقةَ متى فسَدَتْ في البعض فسَدَت في الكلِّ عنده، وعندهما يفسُدُ بقدر المُفسِد لأنه وُجد في البعض فيقتصرُ عليه، كما إذا باع عبدين أحدُهما مدبَّر،

= وأخرجه موقوفاً ابن أبي شيبة ٦/ ١٣ عن محمد بن ميسرة، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه: أن عبد الله بن عمرو كان يسلف له في الطعام، فقال للذي كان يسلف له: لا تأخذ بعض مالنا وبعض طعامنا، ولكن خذ رأس مالنا كله أو الطعام وافياً.

(١) سلف تخريجه ص١٠.

وله أنه فساد قويٌّ تمكن في صُلْبِ العقد فيشيع في الكُلِّ، كما إذا ظهر أحدُ العبدين حرّاً أو أحدُ الدَّنَّين خمراً، بخلاف المدبَّر فإن حرمةَ بيعه ليس مُجْمَعاً عليه، ولا يجوز السَّلَم في ما لا يتعين بالتعيين كالدَّراهم والدنانير، لأن البيع بهما يجوز نسيئةً فلا حاجةَ إلى السَّلَم فيهما، وهل يجوز في التِّبْر؟ فيه روايتان، ويجوز في الحُلِيِّ لأنه يتعين، وفي الفُلوس عندهما خلافاً لمحمد وقد مرَّ.

قال: (ولا يَصِحُّ في المُنقَطِعِ) بمعنى أنه لا بدَّ من وجودِه من وقت العَقد إلى وقت المَحَلِّ، لأن القُدرةَ على التسليم إنما يكون بالقُدرةِ على الاكتساب في المدّة[1]، وفي مدّة انقطاعه لا يقدِرُ على ذلك، وربما أفضَى إلى العَجْز عن التسليم وقتَ المحلِّ، وإليه الإشارةُ بقوله عليه السلام: «لا تُسْلِفُوا في الثمارِ حتَّى يَبْدُوَ صلاحُها»[2]، والانقطاع أن لا يوجدَ في سُوقه الذي يباعُ فيه وإن كان يوجدُ في البيوت، ولا يجوز فيما لا يوجدُ في ذلك الإقليم كالرُّطب في خُراسان وإن كان يوجد في غيرِه من الأقاليم، لأنه في معنى المُنقطِعِ، ولو حلَّ السَّلَم فلم يقبضه حتى

---

(١) «في المدة»: ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) أخرجه من حديث ابن عمر أبو داود (٣٤٦٧)، وابن ماجه (٢٢٨٤)، وهو في «المسند» (٥٠٦٧). وإسناده ضعيف لجهالة النجراني ـ أحد رواته ـ.

وأخرجه الطبراني في «مسند الشاميين» (١٠٥٢)، وفي «الأوسط» (٤٦٥٦) من طريق حبيب بن عبيد، عن أبي بشر، عن أبي هريرة، وفيه: «.. ولا تسلموا في ثمرة حتى يأمن عليها صاحبها العاهة». وأبو بشر: لا يعرف.

ولا في الجَوهَر، ولا في الحيوانِ ولحْمِه (سم) وأطْرافِه وجُلُودِه، . . . . . .

انقَطَع: عن أبي حنيفة أنه يبطُلُ السَّلم، وقيل: إن شاء انتَظَر وجودَه، وإن شاء أخذ رأس مالِه، كإباقِ العبد المَبيع وتخمُّر العصير قبل القَبْض.

قال: (**ولا في الجَوهَر**) لتفاوت آحادِه تفاوتاً فاحشاً، حتى لو لم تتفاوت كصغار اللؤلؤ الذي يُباع وزناً، قالوا: يجوز لأنه وَزْنيٌّ.

قال: (**ولا في الحيوانِ ولحْمِه وأطْرافِه وجُلُودِه**) لأنه عليه السلام نهى عن السَّلَم في الحيوان[1]، ولأنه مما يتفاوت آحادُه تفاوتاً فاحشاً باعتبار معانيه الباطنة، وذلك يُوجبُ التفاوت في المالية فيؤدِّي إلى النِّزاع، وأما اللحم فمذهب أبي حنيفة، وقالا: إذا سمَّى من اللحم موضعاً معلوماً بصفةٍ معلومةٍ جاز، لأنه وزنيٌّ معلومُ القَدْر والصفةِ فيجوز، وله: أنه يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بكِبَر العظم وصِغره، فعلى هٰذا يجوزُ في منزوع العظم، وهي رواية الحسن، ويتفاوت أيضاً بالسِّمَن والهُزَال، فعلى هٰذا لا يجوز أصلاً، وهو رواية ابن شُجاع، ولو استَهلك

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٠٥٩)، والحاكم في «المستدرك» ٢/ ٥٦ من طريق إسحاق بن إبراهيم بن جوتى الطبري، عن عبد الملك بن عبد الرحمٰن الذماري، عن سفيان الثوري، عن معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن عكرمة، عن ابن عباس فذكره. وإسحاق بن إبراهيم، قال ابن عدي والدارقطني: منكر الحديث.

وفي الباب عن جابر بن عبد الله، أخرجه أحمد في «المسند» (١٤٣٣١) ولفظه: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، اثنين بواحد، ولا بأس به يداً بيد. وهو حديث حسن لغيره. وانظر تتمة التعليق عليه وأحاديث الباب في «المسند».

ويَصِحُّ في السَّمكِ المالحِ وَزْناً، ولا يَصِحُّ بِمِكْيالٍ بِعَينه لا يُعْرَفُ مقدارُه، ولا في طعامِ قَريةٍ بِعَينِها، ....

لحماً ضَمِنه بالقيمة عند أبي حنيفة، ذكره في «المنتقى»، وقال في «الجامع» بالمِثْل، ويجوز استقراضُه في الأصح، والفرق لأبي حنيفة أن القَرْض والضَّمان يَجبان حالاً فتكون صفتُه معلومةً ولا كذٰلك السَّلَم. وأما أطرافُه وجلودُه فلأنها عدديٌّ متفاوتٌ تفاوتاً يؤدِّي إلى المُنازعةِ، والمُراد بالأطراف: الرؤوس والأكارعُ. أما الشَّحْمُ[1] والألْية فيجوز السلم فيهما لأنه وزنيٌّ معلوم القَدْر والصفة.

قال: (**ويَصِحُّ في السَّمكِ المالحِ وَزْناً**) لأن لا ينقطعُ، وكذلك الطريُّ الصِّغار في حينِه، وفي الكبار عن أبي حنيفة روايتان، المختار الجوازُ، وهو قولهما لأن السِّمَن والهُزَال غيرُ معتبَر فيه عادةً، وقيل: الخلاف في لحم الكِبار منه.

قال: (**ولا يَصِحُّ بِمِكْيالٍ بِعَينهِ لا يُعْرَفُ مقدارُه**) لأنه ربما هلَكَ المِكيال قبلَ حلول الأجل فيعجزُ عن التسليم، وكذا ذراع بعينِه، أو وزن حجرٍ بعينِهِ، ولا بدَّ أن يكون المِكيالُ مما لا ينقبضُ وينبسطُ كالخشب والحَديد ليكون معلوماً فلا يؤدي إلى النِّزاع، أما ما ينقبضُ وينبسطُ كالجِراب والزِّنْبيل يزدادُ وينتقِصُ فيؤدي إلى النِّزاع.

قال: (**ولا في طعامِ قَريةٍ بِعَينِها**) لأنه قد لا يَسَلمُ طعامُها إما بآفةٍ أو لا تُنبت شيئاً، وكذا ثمرة نخلةٍ بعينها. قال عليه السلام: «أرأيت لو

---

(١) في (م): الشحوم، والمثبت من (س).

. . . .

أذهَبَ الله الثمرةَ بم يستحلُّ أحدُكم مالَ صاحبه؟»[1] وروي أنه عليه السلام أسلَمَ إلى زيد بن سَعْنَة[2] في تمر فقال: أسلم إليَّ في تمر نخلة بعينها، فقال عليه السلام: «أما في تمر نخلة بعينها فلا»[3].

(١) أخرجه من حديث ابن عمر أبو داود (٣٤٦٧)، وابن ماجه (٢٢٨٤)، وهو في «المسند» (٥٠٦٧). وإسناده ضعيف لجهالة النجراني ـ أحد رواته ـ.

وحديث «الصحيحين» ورد في البيع لا في السلم من حديث أنس فهو عند البخاري برقم (٢٢٠٨)، ومسلم (١٥٥٥). ونصه: نهى رسول الله ﷺ عن بيع ثمر النخل حتى تزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمرُّ وتصفرُّ، أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحِلُّ مالَ أخيك؟!

وحديث جابر عند مسلم (١٥٥٤) ولفظه: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يَحِلُّ لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟».

(٢) تحرف في (س) إلى: سعفة، وفي (م) إلى: سفعة، وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه من مصادر ترجمته، قال الحافظ في «الإصابة» ٢/٦٠٦: اختلف في سعنة فقيل بالنون وقيل بالتحتانية، قال ابن عبد البر: بالنون أكثر. اهـ.

(٣) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» (٢٨٨)، وابن ماجه (٢٢٨١) من طريق محمد بن حمزة بن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن أبيه، عن جده قال: عبد الله ابن سلام. . . وفيه عند ابن حبان: فنظر رسول الله ﷺ إلى رجل إلى جانبه، أراه عمر، فقال: ما بقي منه شيءٌ يا رسول الله، قال زيد بن سعنة: فدنوت إليه، فقلت له: يا محمد، هو لك أن تبيعني تمراً معلوماً من حائط بني فلان إلى أجل كذا وكذا؟ فقال: «لا يا يهودي، ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى أجل كذا وكذا، ولا أسمي حائط بني فلان»، قلت: نعم، فبايعني ﷺ، فأطلقت همياني، =

ويَجُوزُ في الثِّياب إذا سَمَّى طُولاً وعَرْضاً ورُقْعَةً، وفي اللَّبِنِ إذا عَيَّنَ المِلْبَنَ،

قال: (**ويَجُوزُ في الثِّياب إذا سَمَّى طُولاً وعَرْضاً ورُقْعَةً**) لأنه إذا ذكر ذٰلك مع الجنس والنوعِ والصفةِ فالتفاوتُ بعدَه يسيرٌ غير معتبَر، وهٰذا استحسانٌ لحاجة الناس إليه، وهل يُشترط الوزنُ في الحرير؟ الأصحُّ اشتراطُه، لأن التفاوتَ فيه من حيثُ الوزنُ معتبرٌ، وقيل: إن كان إذا ذكر الطولَ والعرضَ والرُّقعةَ لا يتفاوت وزنُه لا حاجةَ إلى ذكر الوزن لعدم التفاوت، وإن كان يختلفُ وزنُه فلا بدَّ من ذكر الوزن، واختارَه القُدُوريُّ، وإذا أطلق الذِّراعَ فله الوسَطُ إلا أن يكون معتاداً فله المعتادُ.

قال: (**وفي اللَّبِنِ إذا عَيَّنَ المِلْبَنَ**[1]) لأنه عدديٌّ متقاربٌ إذا بيَّن المِلْبَن وكذٰلك الآجُرُّ، وعن أبي حنيفة: لو باع مئة آجُرَّةٍ من أَتُّوْنٍ[2] لا يجوز للتفاوت في النُّضْج.

= فأعطيته ثمانين مثقالاً من ذهب في تمر معلوم إلى أجل كذا وكذا، قال: فأعطاها الرجل. . . الحديث.

ولفظ ابن ماجه: عن جده عبد الله بن سلام، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن بني فلان أسلموا ـ لقوم من اليهود ـ، وإنهم قد جاعوا، فأخاف أن يرتدوا، فقال النبي ﷺ: «مَن عنده»، فقال رجل من اليهود: عندي كذا وكذا ـ لشيء قد سماه ـ أراه قال ثلاث مئة دينار بسعر كذا وكذا من حائط بني فلان، فقال رسول الله ﷺ: «بسعر كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا، وليس من حائط بني فلان». وإسناده ضعيف لجهالة حال والد محمد بن حمزة بن يوسف.

(١) المِلْبَن ما يضرب به اللَّبِن، أي: قالب اللَّبِن.

(٢) الأتون: الموقد.

ولا يجُوزُ التَّصرُّف في المُسْلَم فيه قَبلَ القَبْضِ ولا في رأس المال قبلَ القَبضِ. وإذا استَصنَعَ شيئاً جازَ استحِساناً (ز)، ولِلمُشتَرِي خِيارُ الرُّؤْية، وللصَّانِـعِ بيْعُهُ قَبلَ الرُّؤْيةِ، . . . .

قال: (**ولا يجُوزُ التَّصرُّف في المُسْلَمِ فيه قَبلَ القَبْضِ**) لأنه مَبيعٌ، وقد بينا أن التصرُّف في المَبيع قبل القبض لا يجوزُ، وكذلك الشركةُ والتوليةُ لأنهما تصرّفٌ.

(**ولا في رأس المال قبلَ القَبضِ**) لأنه يجبُ قبضُه للحال لما بينا، فإذا تصرَّف فيه فات القبضُ فلا يجوز.

فصل

(**وإذا استَصنَعَ شيئاً جازَ استحِساناً**) اعلم أن القياسَ يأبى الجوازَ وهو قول زفر، لأنه بيعُ المعدوم، لكن استحسنّا جوازَه للتعامل بين الناس من غير نكيرٍ فكان إجماعاً، وبمثله يُترَك القياس والنظرُ ويُخصُّ الكتابُ والخبر، ثم قيل: هي مواعدةٌ حتى يكون لكلِّ واحد منهما الخيارُ، والأصحُّ أنها معاقَدةٌ لأن فيه قياساً واستحساناً، وفرقٌ بين ما جَرَتْ به العادة وما لا، وذلك من خصائص العقود، وينعقدُ على العَين دون العَمَل، حتى لو جاء بعينٍ من غير عملِه جاز.

(**ولِلمُشتَرِي خِيارُ الرُّؤْية**) لأنه اشترى ما لم يره.

(**وللصَّانِـعِ بيْعُهُ قَبلَ الرُّؤْيةِ**) لأنه مَلَكه والعقدُ لم يقع على هذا بعينِه، فإذا رآه المستصنِع ورضي به لم يكن للصانع بيعُه لأنه تعيَّن، ثم إنما يجوز فيما جرت به العادةُ من أواني الصُّفْر والنحاس والزُّجاج

وإنْ ضَرَبَ له أجَلاً صارَ سَلَماً (سم).

باب الصَّرْف

. . . .

والعِيدان والخِفاف والقَلانِس والأوعية من الأُدُم والمناطق وجميع الأسلحة، ولا يجوز فيما لا تعامُل فيه كالجِبَاب ونسج الثياب، لأن المُجوِّز له هو التعاملُ على ما مرَّ فيقتصر عليه.

قال: (**وإنْ ضَرَبَ له أجَلاً صارَ سَلَماً**) فيشترط له شرائطُ السَّلَم، وقالا: لا يصير سَلَماً لأنه استصناعٌ حقيقةً، فبضرب الأجل لا يصير سَلَماً، كما لا يصير السَّلَم استصناعاً بحذف الأجل، ولأبي حنيفة: أنه أتى بمعنى السَّلَم فيكون سَلَماً، لأن العِبرةَ للمعاني لا للصُّور، ولأنه أمكن جعلُه سَلَماً فيُجعل لورود النصِّ بجواز السَّلَم دون الاستصناع، وجوابهما: أن حذْفَ الأجل ليس من خواص الاستصناع، أما الأجلُ من خواص السلم، ويُكتفى في الاستصناع بصفةٍ معروفةٍ تحتملُ الإدراكَ، ولا بدَّ في السَّلَم من استقصاء الصفة على وجهٍ يُتيقن بالإدراك فافترقا.

باب الصرف

وهو **في اللغة**: الدفع والرَّدُّ، ومنه الدعاء: اصرِفْ عنا كيدَ الكائدين، وصرَفَ الله عنك السُّوء.

وفي الشريعة: بيعُ الأثمان بعضِها ببعضٍ، سُمِّي به لوجوب دَفْع ما في يد كلِّ واحد من المتعاقِدَين إلى صاحبِه في المجلس.

وهو بَيعُ جَنْسِ الأثمانِ بَعضِه ببَعَضٍ، ويَستَوِي في ذٰلك مَضرُوبُهما ومَصُوغُهما وتِبْرُهما، فإن باعَ فضَّةً بفِضَّةٍ أو ذَهَباً بذَهَبٍ لم يَجُزْ إلاَّ مِثْلاً بمِثْلٍ يداً بيدٍ.

قال: (**وهو بَيعُ جَنْسِ الأثمانِ بَعضِه ببَعَضٍ، ويَستَوِي في ذٰلك مَضرُوبُهما ومَصُوغُهما**[1] **وتِبْرُهما، فإن باعَ فضَّةً بفِضَّةٍ أو ذَهَباً بذَهَبٍ لم يَجُزْ إلاَّ مِثْلاً بمِثْلٍ يداً بيدٍ**) والأصل فيه قوله عليه السلام: «الذهبُ بالذهبِ مِثْلاً بمِثْل يداً بيدٍ والفضلُ رباً، والفضةُ بالفضةِ مِثْلاً بمِثْلٍ يداً بيدٍ والفضل رباً»[2]، ولقول عمر رضي الله عنه: وإن استَنْظَرَك إلى وراءِ الساريةِ فلا تُنْظِرْه[3]. ولأنه لا بدَّ من قبض أحدِ العِوَضين ليخرُجَ

---

(١) في (س): «ومصنوعهما»، والمثبت من (م).

(٢) سلف تخريجه ص٧٠.

(٣) أخرج مالك في «الموطأ» ٢/ ٦٣٤ عن نافع، و٢/ ٦٣٥، والبيهقي ٥/ ٢٨٤ عن عبد الله بن دينار كلاهما عن عبد الله بن عمر: أن عمر بن الخطاب قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تُشِفّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا شيئاً منها غائباً بناجز، وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تُنظره، إني أخاف عليكم الرماء. والرماء: هو الربا.

وأخرج عبد الرزاق (١٤٥٤٢) عن معمر، عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، قال: قال عمر: إذا صرف أحدكم من صاحبه، فلا يفارقه حتى يأخذها، وإن استنظره حتى يدخل بيته فلا يُنظره، فإني أخاف عليكم الربا.

وأخرجه كذٰلك (١٤٥٦٢) عن عبد الله بن عمر، عن نافع، قال: قال عمر: لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، لا تفضلوا بعضه =

ولا اعتِبارَ بالصِّياغَةِ والجَودَةِ، فإن باعها مُجازَفَةً ثُمَّ عُرِفَ التَّساوِي في المَجلِسِ جازَ وإلاَّ فلا، . . . .

من بيع الكالِئِ بالكالِئِ وليس أحدُهما أولى من الآخر فيُقبضان، ولأنه إذا قَبَض أحدَهما يجبُ قبض الآخر تحقيقاً للمساواة، والمعتَبرُ في ذٰلك المفارَقةُ بالأبدان حتى لو تصارفا وسارا عن مجلِسِهما كثيراً ثم تقابضا جاز ما لم يفترقا، وكذٰلك مجلسُ عقد السَّلَم، ولو تصارفا ووَكَّلا بالقَبض فالمعتَبرُ تفرُّق العاقِدَين لا تفرُّقُ الوكيلين، ولو ناما جالِسَين لم يكن فُرْقةً، ولو ناما مضطجِعَين كان فرقةً، ولا يجوز خيارُ الشرط لأنه ينفي استحقاقَ القَبض ولا الأجل لأنه يفوِّتُ القبضَ الذي هو شرط الصحة، فإن أسقطاهما قبل التفرُّق جاز خلافاً لزفر وقد مرَّ، ولو اشترى بثمن الصَّرْف عرضاً قبل قبضِه فهو فاسدٌ، لأنه يفوِّتُ القبضَ المستحقَّ بالعقد، وكذا كلُّ تصرُّفٍ في بدل الصَّرْف قبل قبضِه لما بينا.

قال: (**ولا اعتِبارَ بالصِّياغَةِ والجَودَةِ**) لقوله عليه السلام في آخر الحديث: «جيدُها ورديئُها فيه سواء»[1]. (**فإن باعها مُجَازَفَةً ثُمَّ عُرِفَ التَّساوِي في المَجلِسِ جازَ وإلاَّ فلا**) لما عُرف أن ساعات[2] المجلس كساعةٍ واحدة، فصار كالعِلْم في ابتدائه، وإن لم يعلَما لا يجوز لاحتمال الربا، لأن الشرطَ وهو المساواةُ يجبُ علينا تحصيلُه، أما وجودُه في

= على بعض، ولا تبيعوا منه غائباً بناجز، فإن استنظرك يدخل بيته فلا تنظره، فإني أخاف عليكما الربا.

(١) سلف تخريجه ص٧٤.

(٢) في (س): «بياعات»، والمثبت من (م).

ويَجُوزُ بَيعُ أحدِهما بالآخَرِ مُتفاضِلاً ومجازَفَةً مُقابَضَةً، ويَجُوزُ بَيعُ درهَمَينِ ودينارٍ بدِينارَينِ ودِرهَمٍ وَبَيعُ أَحَدَ عَشَر دِرهماً بعَشْرةِ دراهمَ ودينارٍ (ز)،

علم الله تعالى لا يصلُحُ أن يكون شرطاً، لأن الأحكام تُبتنى على أفعال العباد تحقيقاً لمعنى الابتلاء، وتُعتبر في الدراهم والدنانير الغَلَبَةُ كما تقدّم في الزكاة، فإن تساويا فهي كالجِياد في الصَّرْف احتياطاً للحُرمة.

قال: (**ويَجُوزُ بَيعُ أحدِهما بالآخَرِ مُتفاضِلاً ومجازَفَةً**[1] **مُقابَضَةً**) لقوله عليه السلام: «إذا اختَلَف الجِنسان فبيعوا كيف شِئتُم بعد أن يكون يداً بيدٍ»[2]، وقال: عليه السلام: «الذهب بالوَرِق رباً إلا هاءَ وهاءَ»[3]، ولو افترقا قبل القبض بطَلَ العقدُ لفوات الشرط.

قال: (**ويَجُوزُ بَيعُ درهَمَينِ ودينارٍ بدِينارَينِ ودِرهَمٍ، وَبَيعُ أَحَدَ عَشَر دِرهماً بعَشْرةِ دراهمَ ودينارٍ**) وكذا دِرهمين وديناري بدينارٍ ودرهمٍ، وكذا كُرَّيْ حِنطةٍ وكُرٍّ شعيرٍ بكُرٍّ حنطةٍ وكُرَّيْ شعيرٍ، والأصل في ذلك أن عندنا يصرَفُ كلُّ واحد من الجِنسين إلى خلافِه حملاً لتصرُّفهما على الصحة، وفيه خلافُ زفر، فإنه يصرِفُ الجنسَ إلى جِنسِه لأنه أسهلُ عند المقابَلَة، ولنا أنهما قَصَدا الصحةَ ظاهراً فيُحمل عليه تحقيقاً لقصدِهما ودفعاً لحاجتهما. ولو باع الجنسَ بمثلِه وأحدُهما أقلُّ ومعه

---

(١) في (س): «مجازفة» بدون واو، والمثبت من (م).

(٢) سلف تخريجه ص١٠.

(٣) أخرجه من حديث عمر مسلم (١٥٨٦)، وهو في «المسند» (١٦٢). وانظر تمام تخريجه فيه.

وانظر تخريج الحديث السالف ص٧٠.

ومَن باعَ سَيفاً مُحَلًّى بِثَمَنٍ أكثرَ من قَدْرِ الحِليةِ جازَ، ولا بُدَّ من قَبْضِ قَدْرِ الحِلْيةِ قَبلَ الافتِرَاقِ. وإن باعَ إناءَ فِضَّةٍ، أو قطْعَةَ نُقْرَةٍ، فقَبَضَ بَعضَ الثَّمَنِ ثُمَّ افترقا صارَ شَرِكةً بينَهما، . . . .

عَرضٌ إن بلغت قيمة العَرضِ قَدْرَ النقصان جازَ ولا كراهةَ فيه، وإن لم تبلغ جاز مع الكراهة، وإن كان مما لا قيمةَ له لا يجوز لأنه رباً.

قال: (**ومَن باعَ سَيفاً مُحَلًّى بِثَمَنٍ أكثَرَ من قَدْرِ الحِليةِ جازَ**) ومرادُه إذا كان الثمنُ من جنس الحِلية لتكون الحليةُ بمثلها والزيادةُ بالنَّصْل والحَمائِل والجَفْنِ، وإن كان مثلَها أو أقلَّ لا يجوز لأنه رباً، وإن كان بخلاف جنسِها جاز كيف كان لجواز التفاضُل على ما بينا.

(**ولا بُدَّ من قَبْضِ قَدْرِ الحِلْيةِ قَبلَ الافتِرَاقِ**) لأنه صرفٌ، ولو اشتراه بعشرين درهماً والحليةُ عشرةُ دراهمَ فقَبَضَ منها عشرةً فهي حِصَّةُ الحلية وإن لم يُعيِّنها، حملاً لتصرُّفه على الصحة، وكذا إذا قال: خذها من ثمنِها لأن قصْده الصحَّة، وقد يُرادُ بالاثنين أحدُهما كقوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرحمٰن: ٢٢]، وكذا إن اشتراه بعشرين: عشرةٌ نقدٌ وعشرةٌ نسيئةٌ، فالنقدُ حِصَّةُ الحِلية لما تقدّم؛ فإن افترقا لا عن قبضٍ بطَلَ البيعُ فيهما إن كانت الحليةُ لا تتخلَّص إلا بضررٍ كجذعٍ في سقفٍ، وإن كانت تتخلصُ بغير ضررٍ جاز في السيف وبطَلَ في الحِليةِ، كالطَّوق في عُنُق الجارية، وقِسْ على هٰذا جميعَ أمثالها.

قال: (**وإن باعَ إناءَ فِضَّةٍ، أو قطْعَةَ نُقْرَةٍ، فقَبَضَ بَعضَ الثَّمَنِ ثُمَّ افتَرقا صارَ شَرِكةً بَينَهما**) فيكون للمشتري فيه بقَدْر ما نَقَد من الثمن، ولا خيارَ له، لأن العيب جاء من قِبَله حيث لم يَنْقُد جميعَ الثمن.

فإن استُحِقَّ بَعضُ الإناءِ، فإن شاءَ المُشتَرِي أخَذَ الباقيَ بِحِصَّتِهِ، وَإنْ شاءَ رَدَّ، وَلَوَ اسْتُحِقَّ بَعضُ القِطْعَة أخَذَ الباقيَ بحِصَّتِه ولا خِيارَ له. ويجُوزُ البَيعُ بالفُلُوسِ، فإن كانت كاسِدَةً عَيَّنها، وإن كانت نافِقَةً لم يُعَيِّنْها، فإن باعَ بها ثُمَّ كَسَدَتْ بَطَلَ البَيعُ (سم). ومَن أعطَى صَيْرَفِيّاً درْهَماً وقال: أعْطِني به فُلُوساً ونصفاً إلاَّ حَبَّةً جازَ.

(فإن استُحِقَّ بَعضُ الإناءِ، فإن شاءَ أخَذَ الباقيَ بِحِصَّتِهِ وَإنْ شاءَ رَدَّ) لأن الشركة عيبٌ في الإناء.

(وَلَوَ اسْتُحِقَّ بَعضُ القِطْعَة أخَذَ الباقيَ بحِصَّتِه ولا خِيارَ له) لأن التشقيص لا يضرُّ القطعةَ فلم تكن الشركةُ فيها عيباً.

قال: (ويجُوزُ البَيعُ بالفُلُوسِ) لأنها معلومة.

(فإن كانت كاسِدَةً عَيَّنَها) لأنها عُروض.

(وإن كانت نافِقَةً لم يُعَيِّنْها) لأنها من الأثمان كالذَّهب والفِضة.

(فإن باعَ بها ثُمَّ كَسَدَتْ بَطَلَ البَيعُ) خلافاً لهما، لأن البيع صحَّ فلا يفسُد لتعذُّر التسليم بالكَساد، كما إذا اشترى بشيءٍ من الفواكه وانقَطَع فتجبُ قيمتُها، غيرَ أن أبا يوسف يوجبُها يومَ البيع لأن الثمنَ مضمونٌ به، ومحمدٌ يومَ الكساد لأن عندَه تنتقل إلى القيمةِ، ولأبي حنيفة: أن ثمنيَّة الفلوس بالاصطلاح فيهلَكُ بالكساد فبقي المبيعُ بلا ثمن فيبطُلُ، فيُردُّ المبيع أو قيمتُه إن كان هالكاً.

قال: (ومَن أعطَى صَيْرَفِيّاً درْهَماً وقال: أعْطِني به فُلُوساً ونصفاً إلاَّ حَبَّةً جازَ) ويُصرَفُ النصفُ إلا حبةً إلى مثلِه من الدرهم، والباقي إلى الفُلوس تصحيحاً لتصرُّفهما، وقد تقدَّم جنسُه.

كتاب الشُّفْعة

. . . .

كتاب الشُّفْعة

وهي الضَّمُّ، ومنه الشَّفْع في الصلاة، وهو ضمُّ ركعةٍ إلى أخرى.

والشَّفْع: الزوج الذي هو ضدُّ الفَرْد، والشَّفيع لانضمامِ رأيِه إلى رأي المَشفوع له في طَلَب النَّجاح، وشفاعةُ النبيِّ ﷺ للمُذْنبين لأنها تضمُّهم إلى الصالحين.

والشُّفعةُ في العَقَار لأنها ضَمُّ مِلْكِ البائع إلى مِلْكِ الشَّفيع.

وهي تثبتُ للشَّفيع بالثمن الذي بِيْعَ به، رضيَ المتبايعان أو سَخِطا، ولهٰذا المعنى كانت على خلاف القِياس؛ إلا أنا استحسنَّا ثُبوتَها بالنصِّ، وهو قوله عليه السلام: «الجارُ أحقُّ بشُفعتِه» رواه جابر[1]، وقال عليه السلام: «جارُ الدار أحقُّ بشُفعةِ الدار»[2]، وكان

---

(١) حديث صحيح أخرجه أبو داود (٣٥١٨)، وابن ماجه (٢٤٩٤)، والترمذي (١٣٦٩)، وهو في «المسند» (١٤٢٥٣) ولفظه: «الجار أحق بشفعة جاره، يُنتظر بها، وإن كان غائباً، إذا كان طريقُهما واحداً».

وانظر بسط القول فيه في «المسند».

وانظر ما بعده.

(٢) أخرجه بهٰذا اللفظ، الطبراني في «الكبير» (٦٨٠٣) من طريق الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ قال: «جار الدار أحق بشفعة الدار». =

ولا شُفعَةَ إلاَّ في العَقَارِ، وتَجِبُ في العَقارِ سَواءٌ كان ممَّا يُقْسَمُ أو ممَّا لا يُقْسَمُ، ....

أبو بكرٍ الرازيُّ يُنكِر هٰذا القول ويقول: وجوبُ الشُّفعة مُجَمعٌ عليه، أصلٌ من الأصول المقطوعُ بها، لا يُقال إنه استحسان.

قال: (**ولا شُفعَةَ إلاَّ في العَقَارِ**) لقوله عليه السلام: «لا شفعة إلا في رَبْعٍ أو حائطٍ»[1]، ولأن الشُّفعةَ وجبت في العَقَار لدَفْع ضررِ الدَّخيل فيما هو متصلٌ على الدوام على ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالى، والمنقولُ ليس كذٰلك، لأنه لا يدومُ دوامَ العَقار فلا يلحَقُ به.

(**وتَجِبُ في العَقارِ سَواءٌ كان ممَّا يُقْسَمُ**) كالدُّور والحَوَانيت والقُرى (**أو مما لا يُقْسَم**) كالبئر والرَّحى والطريق، لأن النصوص الموجبةَ للشُّفعة لا تفصِلُ، وسببُها المِلْكُ المتَّصل، والمعنى الذي وجبت له دفعُ ضَررِ الدَّخيل، وذٰلك لا يختلفُ في النوعين، وقال عليه السلام: «الشفعةُ في كلِّ شِرْكٍ رَبْعٍ أو حائطٍ»[2].

= ومن هٰذه الطريق أخرجه أبو داود (٣٥١٧)، وا لترمذي (١٣٧٨)، وهو في «المسند» (٢٠٠٨٨) و(٢٠١٢٨) من طريق الحسن عن سمرة بلفظ: قال: قال رسول الله ﷺ: «جار الدار أحق بالدار من غيره». وهو حديث صحيح لغيره. وانظر تتمة التعليق عليه وأحاديث الباب فيه.

وانظر ما قبله.

(١) أخرجه من حديث جابر مسلم (١٦٠٨)، وهو في «المسند» (١٤٣٣٩).

قوله: «والرَّبع»: المنزل ودار الإقامة.

(٢) هو الحديث السالف قبله.

(وتجِبُ إذا مَلَكَ العَقارَ بعِوَضٍ هو مالٌ) حتى لو مَلَكَه بعِوَض ليس بمالٍ كالنّكاح والخُلْع والإجارةِ والصُّلح عن دمِ العَمْد لا تجبُ الشُّفعةُ، وكَذا لو ملكه لا بعِوَضٍ كالهبة والصَّدقةِ والوصيَّةِ والإرثِ، لأن الشفيعَ إنما يأخذُها بمثل ما أخَذَها به الدخيلُ أو بقيمتِه، وهٰذه الأشياء لا مثلَ لها ولا قيمةَ، أما الخاليةُ عن الأعواض فظاهرٌ، وأما المقابَلَةُ بالأعواض المذكورةِ: أما عدمُ المُماثَلَة فظاهر، وأما القيمةُ فلأن قيمتَها غيرُ معلومةٍ حقيقةً، لأن القيمةَ ما تقوم مَقام المقوَّم في المعنى، وأنه لا يتحقَّق في هٰذه الأشياء، وإنما تقوَّمت في النكاح والإجارةِ بمَهرِ المِثْل وأجرةِ المِثل ضرورةَ صحةِ العَقْد فلا يتعدَّاهما، وتجبُ في الموهوبِ بشرطِ العِوَض ابتداءً لأنه بيعٌ انتهاءً على ما يأتيك في الهِبة، وكذا تجبُ في الصُّلح عن إقرارٍ أو سكوتٍ، لأنه مقابلةٌ بالمال على ما يأتي في الصُّلح إن شاء الله تعالى.

قال: (وتَجِبُ بعد البَيعِ) لأن بالرغبة عن المِلْكِ تجبُ الشفعةُ، وبالبيع يُعرَفُ ذٰلك، ولهٰذا لو أقرَّ المالكُ بالبيع أخذَها الشفيعُ وإن كذبه المشتري، وخيارُ البائع يَمنَعُ الشُّفعة لأنها لم تخرج عن ملكِه، وخيارُ المشتري لا يمنعُه لخروجها عن ملكِ البائعِ، وخيارُ الرؤية والعيبِ لا يمنع.

قال: (وتَستَقِرُّ بالإشْهادِ) لأن بالإشهاد يُعلَم طلبُه إذ لا بدَّ من طَلَب المُواثبةِ على ما يأتي، فيحتاج إلى إثباتِه عند القاضي وذٰلك بالإشهاد، فإذا شَهِد به الشهودُ استقرَّت.

وتُمْلَكُ بالأخذِ، والمُسلِمُ والذِّميُّ والمأذُونُ والمُكاتَبُ ومُعْتَقُ البَعضِ سَواءٌ، وتَجِبُ لِلخَليطِ في نَفْسِ المَبِيع ثُمَّ في حَقِّ المَبِيع، ثُمَّ لِلجارِ،

قال: (**وتُمْلَكُ بالأخذِ**) إذا أخذَها من المشتري أو حَكَم له بها حاكمٌ، لأن بالعَقد تمَّ الملكُ للمشتري فلا يُنتَقَل عنه إلا برضاه أو بقضاءٍ كالرُّجوع في الهِبَة، حتى لو باع الشفيعُ ما يُشفَعُ به قبلَ ذٰلك بعدَ الطَّلب بطلت شفعتُه، وكذا لو مات في هٰذه الحالة بَطَلَت ولا تُورث.

قال: (**والمُسلِمُ والذِّميُّ والمأذُونُ والمُكاتَبُ ومُعْتَقُ البَعضِ سَواءٌ**) لعموم النصوص، ولأن السببَ موجودٌ وهو الاتصال، والمعنى يشملُهم وهو دفعُ الضرر.

قال: (**وتَجِبُ لِلخَليطِ في نَفْسِ المَبِيع، ثُمَّ في حَقِّ المَبِيع، ثُمَّ لِلجارِ**) أما الخليطُ فلقوله عليه السلام: «الشفعةُ لشريكٍ لم يقاسم»[1]، وأما في حقِّ المَبيع فلقوله عليه السلام: «جارُ الدار أحقُّ بشُفعةِ الدار

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٧٢ وقال: غريب، وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٢٠٢: لم أجده هٰكذا. وقال ابن قطلوبغا ص٢٢٩: قال المخرجون لم نجده بهٰذا اللفظ. وخرجوا جميعاً حديث جابر الذي أخرجه مسلم (١٦٠٨) (١٣٤) بلفظ: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شِركة لم تقسم ربعةٍ أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يُؤذِنِ شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه، فهو أحقُّ به. وذكروا بعده رواية جابر أيضاً عند مسلم برقم (١٦٠٨) (١٣٥) من طريق ابن جريج: أن أبا الزبير أخبره أنه سمع جابراً يقول: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شرك في أرض أو رَبْع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحقُّ به حتى يُؤْذِنَه».

. . . .

والأرض، يُنتَظَرُ إن كان غائباً إذا كان طريقُهما واحداً»[1]، وأما الجارُ فلما تقدَّم، ولقوله عليه السلام: «الجارُ أحقُّ بسَقَبه»[2]، أي: بسبب قُرْبه. وروي أنه قيل: يا رسولَ الله ما سَقَبُه؟ قال: «شفعتُه»[3]، ولأنها تثبت لدفع ضررِ الجار من حيثُ إيقاد النار، وإثارةِ الغُبار، وإعلاءِ الجدار؛ وتجبُ على ما ذكرنا من الترتيب لقوله عليه السلام: «الشريكُ أحقُّ من الخَليط، والخَليط أحقُّ من غيره»، وفي رواية: «الخليطُ أحقُّ من الجار»[4]، فالشريكُ في الرَّقَبة، والخليطُ في

---

(١) سلف تخريجه ص١٠١.

(٢) أخرجه من حديث أبي رافع البخاري (٢٢٥٨)، وهو في «المسند» (٢٣٨٧١)، و«صحيح ابن حبان» (٥١٨١).

وانظر تخريج الحديث السالف ص١٠١: «جار الدار أحق بشفعته» وما بعده.

(٣) هٰذه القطعة ليست من الحديث السابق، وقد رواه الدارقطني (٤٥٣١) من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بسقبه» قيل: ما السقب؟ قال: الجوار.

وللطبراني في «معجمه الكبير» (٧٢٥٤) عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بسقبه» قلت لعمرو: ما السقب، قال: الجوار فهٰذا النص يبين أن تفسير السقب: بالجوار، إنما هو من عمرو وليس من رسول الله ﷺ.

(٤) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ١٧٦/٤ وقال: غريب، وذكره ابن الجوزي في «التحقيق» [٥٩/٣] وقال: إنه حديث لا يعرف، وإنما المعروف ما=

. . . .

= رواه سعيد بن منصور: حدثنا عبد الله بن المبارك، عن هشام بن المغيرة الثقفي، قال: قال الشعبي: قال رسول الله ﷺ: «الشفيع أولى من الجار والجار أولى من الجنب» انتهى. قال في «التنقيح»: وهشام وثقه ابن معين، وقال أبو حاتم: لا بأس بحديثه. انتهى. قلت: هٰذا الحديث رواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن ابن المبارك به، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في أثناء البيوع [٧/ ١٦٧]: حدثنا أبو معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار أحق ممن سواه. انتهى. ورواه عبد الرزاق في «مصنفه»: أخبرنا معمر عن أيوب، عن ابن سيرين عن إبراهيم النخعي قال: الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك، فالجار، والخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. انتهى.

قلنا: ورواية عبد الرزاق الأولى التي ذكرها الزيلعي رحمه الله هي في «مصنفه» برقم (١٤٣٩٠) عن أبي سفيان عن هشام بن المغيرة قال: سمعت الشعبي يقول: قال رسول الله ﷺ فذكره.

والرواية الثانية هي في «مصنفه» برقم (١٤٣٨٦) عن معمر عن أيوب عن الشعبي وابن سيرين عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه.

وأخرجه ابن أبي شيبة ٧/ ١٦٦ عن وكيع عن هشام بن المغيرة الثقفي قال: سمعت الشعبي يقول: قال رسول الله ﷺ: «الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب».

وأخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٢٤-١٢٥ من طريق سفيان، عن هشام، عن محمد، عن شريح وأشعث أظنه عن الشعبي عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه.

وانظر حديث ابن عباس عند الترمذي برقم (١٣٧١).

الحُقوق، ولأن الشريك أخصُّ بالضررِ، ثم الخليطُ، ثم الجارُ، لأن الشريكَ شاركهما في المعنى وزادَ، وكذٰلك الخليطُ شارَكَ الجار في المعنى وزاد عليه، فيترجَّح لقوّة السبب، فإن سَلَّم الشريكُ في الرَّقبَة يصير كأن لم يكن فيأخذُها الشريك في الحقوق، فإن سَلَّم أخَذَها الجار، والمراد الجارُ الملاصِقُ وإن كان بابُه إلى سكةٍ أخرى، لأنه هو الذي يستضرُّ بما ذكرنا من المعاني، وعن أبي يوسف: لا حقَّ لهما مع الشَّريك في الرَّقبةِ وإن سَلَّم، لأنه حَجَبَهما فلا حقَّ لهما معه كالحَجْبِ في الميراث، ووجهُ الظاهر ما ذكرنا، ولأنهم استَوَوا في السبب لٰكنه تقدَّم لما ذكرنا، فإذا سَلَّم عمل السببُ في حقهما لزوال المانع كالدَّين بالرَّهن وبغير رهنٍ إذا أسقط المرتَهِنُ حقَّه، وحقُّ المَبيع الطريقُ الخاصُّ وهو ما لا يكون نافذاً، والنهرُ الخاصُّ وهو ما لا تجري فيه السفنُ.

قال: (**وتُقْسَمُ على عدد الرؤوس**) وصورتُه: دارٌ بين ثلاثةٍ لأحدهم النصفُ وللآخر الثلثُ وللآخر السدسُ، باع أحدُهم نصيبَه فالشُّفْعة للباقين على السواء لاستوائِهما في السبب وهو الاتصالُ، ألا تَرى أنه لو انفَرَدَ أحدُهم أخذَ الجميع، فدلَّ على استوائِهم في السبب، وكذا المعنى يشملُهم وهو لُحوقُ الأذى فيستوون في الاستحقاق، وكذا لو كان لهما جاران أحدُهما ملاصِقٌ من ثلاثِ جوانب والآخرُ من جانبٍ واحدٍ، فهما سواء لاستوائهما في لُحوق الضَّرر والسببِ.

وإذا عَلِمَ الشَّفِيعُ بالبَيعِ يَنبغي أن يُشْهِدَ في مَجلسِ عِلمِه على الطَّلَبِ، فإن لم يُشْهِد بعدَ التَّمكُّنِ منه بَطَلَتْ، . . . .

قال: (**وإذا عَلِمَ الشَّفِيعُ بالبَيعِ يَنبغي أن يُشْهِدَ في مَجلسِ عِلمِه على الطَّلَبِ**) وهٰذا طلبُ المُواثبةِ وهو على الفور. قال عليه السلام: «الشُّفعةُ لمن واثَبَها»[1]، وقال عليه السلام: «إنما الشُّفعةُ كنَشْطةَ عِقال، إن قيدها ثبتَتْ وإلا ذَهَبتْ»[2]، وروي عن محمدٍ أنه على المجلس لأنه تمليكٌ فيحتاج إلى التروِّي والنظر، فلا يبطُلُ خيارُه ما لم يوجد منه ما يدلُّ على الإعراض كخِيار القَبول والمُخيَّرة.

(**فإن لم يُشْهِد بعدَ التَّمكُّنِ**[3] **منه بَطَلَتْ**) لأنه دليلُ الإعراض، ولا يبطلُ خيارُه إذا حمِدَ الله أو سبَّحه أو سلَّم أو شَمَّت لأنه لا يدلُّ على

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٧٦ وقال: غريب. وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٤٠٦) عن الحسن بن عمارة عن رجل عن شريح قال: إنما الشفعة لمن واثبها.

(٢) ذكر عبد الحق في «الأحكام» ٣/ ٢٩٢ عن ابن حزم أنه أخرجه بهٰذا اللفظ من حديث ابن عمر مسنداً، وتعقبه ابن القطان في «الوهم والإيهام» ٣/ ١٣٠: بأن ابن حزم لم يخرجه في «المحلى» وقال: ولعله رآها له في غير «المحلى».

وأخرج ابن ماجه (٢٥٠٠) من طريق محمد بن الحارث، عن محمد بن عبد الرحمٰن بن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة كحل العقال». وإسناده ضعيف جداً، محمد بن الحارث: ضعيف، وشيخه محمد بن عبد الرحمٰن: متروك الحديث.

(٣) في (س): التمكين، والمثبت من (م).

الإعراض، وكذا إذا سأل عن المُشتَرى وكميَّةِ الثمن وماهيَّتِهِ لأنه دليلُ الطلب، ولو كان في الأربعة بعدَ الجمعة أو قبل الظهر فأتمَّها لم تبطل، ولو زادَ على ركعتين في غيرها من السنن بطَلَتْ، ثم هٰذا الطلبُ إنما يجبُ عليه إذا أخبره به رجلٌ عدلٌ، أو رجلان مستوران، أو رجلٌ وامرأتان، وعندهما: يكفي خبرُ الواحد رجلاً كان أو امرأةً أو صبيّاً، حرّاً أو عبداً إذا كان الخبرُ حقاً، وتمامُه يأتيك في الوكالة، والمعتبَر الطلبُ دون الإشهاد، وإنما الإشهادُ للإثبات، حتى لو صدَّقه المشتري على الطلب لا يحتاجُ إلى الشهود.

قال: (**ثمَّ يُشْهِدُ على البائعِ إن كانَ المَبيعُ في يَدِهِ أو على المُشْتَرِي أو عندَ العَقارِ**) وهٰذا طلبُ التقرير لأنه قد لا يمكنُه الإشهادُ على طلب المواثَبَة لأنه على الفَور، فيحتاج إلى هٰذا الطلب الثاني للإثبات عند القاضي، فإن كان المَبيعُ في يدِ البائع ولم يُسلِّمه، فإن شاء أشهَدَ عليه، وإن شاء على المشتري، لأن كلَّ واحد منهما خَصْمٌ: البائعُ باليد والمشتري بالمِلْك، وإن شاء عند المَبيع لتعلُّق الحقِّ به، وهو أن يقول: إن فلاناً باع هٰذه الدار ـ ويذكرُ حدودَها الأربعة ـ وأنا شفيعُها، طلبتُ شُفعتها وأطلبُها الآن، فاشهدوا عليَّ بذٰلك.

وإن كان البائع قد سلَّمها لا يجوز الإشهادُ عليه لأنه لم يَبْقَ خصماً، فإذا فعل ذٰلك لا يثبت.

ولا تَسقُطُ بالتَّأْخيرِ، وإذا طَلَبَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ عندَ الحاكم سأَلَ الحاكمُ المُدَّعَى عليه، فإن اعتَرَفَ بِمِلْكِهِ الذي يَشفَعُ به، أو قامتْ عليه بيِّنةٌ، أو نَكَلَ عن اليَمينِ أنَّه ما يَعْلَمُ به ثَبَتَ مِلْكُه، . . . .

(**ولا تَسقُطُ بالتَّأْخيرِ**) وعن أبي يوسف: إن ترَكَه مجلساً أو مجلسين من مجالِسِ الحُكم بطَلَ، وعنه: ثلاثةَ أيام لأنه دليلُ الإعراض، وقدَّره محمد بشهرٍ لأن المشتري يتضرَّر بالتأخير لنقص تصرُّفاته، فقدَّره بالشهر لأنه أقلُّ الآجِلِ وأكثرُ العاجِل، ومُرادُهما إذا تَرَكَ لغير عُذْر، ولأبي حنيفة: أنه حقٌّ ثَبَتَ فلا يسقط بالتأخير كسائر الحقوق، وضررُ المشتري يمكن دفعُه بالمرافعة إلى القاضي حتى يوقت له وقتاً يُوفِّيه فيه الثمن وإلا يبطُلُ حقُّه. قال في «الهداية»: والفتوى على قول أبي حنيفة، وقال في «المحيط»: والفتوى على قولهما دفعاً للضَّرر عن المشتري لأنه قد يختفي الشفيعُ فلا يقدِرُ على إحضارِه إلى القاضي فيُدفعُ الضَّررُ بقولهما.

قال: (**وإذا طَلَبَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ عندَ الحاكم سأَلَ الحاكمُ المُدَّعَى عليه، فإن اعترَفَ بِمِلْكِهِ الذي يَشفَعُ به، أو قامتْ عليه بيِّنةٌ، أو نَكَلَ عن اليَمينِ أنَّه ما يَعْلَمُ به ثَبَتَ مِلْكُه**) فينبغي أن يسأل المدَّعي أوّلاً عن موضع الدار وحدودِها نفياً للاشتباه، ثم يسألَه عن سبب الاستحقاق لاختلاف الأسباب، فإذا بيَّن ذٰلك وقال: أنا شفيعُها بدارٍ لي تُلاصِقُها، صحَّتْ دعواه، وشَرَط بعضُهم تحديد داره أيضاً، ثم بعد ذٰلك يسأل القاضي المدَّعى عليه، فإن اعترفَ بملكِه الذي يشفعُ به، فلا حاجةَ إلى البيِّنة،

وإن لم يعترف طَلَبَ من المدّعي البيِّنة، لأن اليد لا تكفي للاستحقاق، فإن أقامها يثبتُ وإلا استحلف المدَّعى عليه بالله: لا يعلم أنه مالكُ الدار التي ذكرها يشفع بها، لأنه لو أقرَّ بذٰلك لَزِمَه، فإذا أنكر يحلف عليه ويحلف على العِلْم لأنه فعلُ الغَير، فإذا نَكَلَ ثبت الملكُ، ثم يسأله القاضي عن الشراء، فإن اعترَفَ به أو قامت البيِّنةُ عليه ثبت وإلا استُحلِف المشتري بالله ما ابتاع أو ما يستحقُّ عليه شفعةٌ من الوجه الذي ذَكَرَه، ويُستحلَف على البتات[1] لأنه فِعلُه، فإن نَكَلَ قضى له بالشفعة، وإن لم يُحضِر الثمنَ ذكره في الأصل، لأن الثمنَ إنما يجب بانتقال الملك إليه، ولا ينتقلُ إلا بالقَضاء، فلا يجبُ عليه الإحضار قبلَه كما لا يجبُ على المشتري قبلَ البيع.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يقضي ما لم يُحضِر الثمن، لأنه قد يكون مُفلِساً فيتضرَّر المشتري، وهو مرويٌّ عن محمد، وإذا قضى له، وأخذها من المشتري، ثبتت له فيها أحكام البيع من خيار رؤيةٍ وعيبٍ وغيرهما، لأنه بمنزلة الشراء لأنه مقابلةُ مالٍ بمالٍ، ولا يثبتُ له خيار الشرط ولا الأَجَل لِعدم الشرط.

قال: (ولِلشَّفيعِ أن يُخاصِمَ البائعَ إذا كان المَبيعُ في يدِه) لأنه خَصْمٌ على ما بينا.

---

(١) في (م): الثبات، والمثبت من (س).

ولا يَسْمَعُ القاضِي البيِّنَةَ إلاَّ بحَضْرَةِ المُشْتَري، ثُمَّ يَفْسَخُ البيعَ ويَجعلُ العُهْدَةَ على البائع. وللشَّفِيعِ أن يُخاصِمَ وإن لم يُحْضِر الثَّمَنَ، فإذا قُضِيَ له لَزِمَه إحضَارُه. والوَكيلُ بالشِّرَاء خَصْمٌ في الشُّفْعَةِ حتَّى يُسلِّمه إلى المُوَكِّلِ، وعلى الشَّفِيعِ مِثْلُ الثمن إن كان مِثْلِيّاً وإلاَّ قِيمَتُه، . . . .

(**ولا يَسْمَعُ القاضِي البيِّنَةَ إلاَّ بحَضْرَةِ المُشْتَري، ثُمَّ يَفْسَخُ البيعَ ويَجعلُ العُهْدَةَ على البائع**) لأن اليد للبائع والملكَ للمشتري، والقاضي يقضي بها للشفيع فيُشترَط حضورُهما، بخلاف ما بعدَ القَبْض لأن البائع كالأجنبي، فإذا أخذها من البائع تتحوَّلُ الصفقةُ ويصير كأنَّ الشفيع اشتراها من البائع، فلهٰذا تكون العهدةُ عليه، ولو أخذها من المشتري بعد القَبضِ فالعهدةُ عليه لأنه تمَّ ملكُه بالقبض.

قال: (**وللشَّفِيعِ أن يُخاصِمَ وإن لم يُحْضِر الثَّمَنَ، فإذا قُضِيَ له لَزِمَه إحضَارُه**) وقد تقدّم الكلام فيه.

قال: (**والوَكيلُ بالشِّرَاء خَصْمٌ في الشُّفْعَةِ حتَّى يُسلِّمه إلى المُوَكِّلِ**) لأن حقوق العَقْد ترجع إلى الوكيل على ما يأتي في الوكالة، والشفعةُ من حقوق العقد، فإذا سلَّمها إلى الموكِّل لم يَبْقَ له يدٌ ولا ملكٌ فيصير الموكِّلُ الخصمَ.

قال: (**وعلى الشَّفِيعِ مِثْلُ الثمن إن كان مِثْلِيّاً وإلاَّ قِيمَتُه**) لأن القاضي حكم بالملك له بالعقد الأوّل، فيجبُ عليه ما وَجَبَ بالعقد الأوّل. وإن اشترى ذميٌّ داراً بخمرٍ أو خنزيرٍ والشفيعُ ذميٌّ أخذها بمثل الخمر لأنه مِثليٌّ، وقيمةِ الخنزير لأنه ليس بمِثليٍّ، وإن كان مسلماً

وإن حَطَّ البائع عن المَشتَري بَعضَ الثَّمَنِ سَقَطَ عن الشَّفِيعِ، فإن حَطَّ النِّصفَ ثُمَّ النِّصْفَ أخذها بالنصِّفِ الأخِيرِ، وإن زَادَ المُشتَرِي في الثَّمَنِ لا يَلْزَمُ الشَّفيعَ، وإن اختَلَفَا في الثَّمَنِ فالقَولُ قَولُ المُشتَرِي والبيِّنةُ بيِّنةُ الشفِيعِ.

أخذها بقيمة كلِّ واحدٍ منهما، أما الخنزير فلما مَرَّ، وأما الخمر فلأنه ممنوع من تمليكها وتملُّكها فاستحال المِثل في حقِّه فيُصار إلى القيمة.

قال: (**وإن حَطَّ البائع عن المَشتَري بَعضَ الثَّمَنِ سَقَطَ عن الشَّفِيعِ**) لما تقدّم أن الحَطَّ يلتحق بأصل العقد.

(**فإن حَطَّ النِّصفَ ثُمَّ النِّصْفَ أخذها بالنصِّفِ الأخِيرِ**) لأنه لما حَطَّ النصف الأوّل التَحَقَ بأصل العقد فوَجَبَ عليه نصفُ الثمن، فلما حَطَّ النصف الآخر كان حطاً للجميع فلا يسقطُ، ألا ترى أنه لو حطَّ الجميعَ ابتداءً لا يسقطُ عن الشفيع، لأنه لا يلتحق بأصل العقد، بل يكون هبةً فلا يسقطُ عن الشفيع.

(**وإن زَادَ المُشتَرِي في الثَّمَنِ لا يَلْزَمُ الشَّفيعَ**) لاحتمال أنهما تواضَعا على ذلك إضراراً بالشفيع، بخلاف الحطِّ لأنه يقع[1] له.

قال: (**وإن اختَلَفَا في الثَّمَنِ فالقَولُ قَولُ المُشتَرِي، والبيِّنةُ بيِّنةُ الشفِيعِ**) لأن الشفيع يدَّعي استحقاقَ الدار عند أداء الأقلِّ، والبينةُ بينةُ المدَّعي، والمشتري يُنكر ذلك، والقول قولُه مع يمينِه.

---

(١) كذا في (س)، وفي (م): نفع.

فصل

وتَبطُلُ الشُّفعَةُ بِمَوتِ الشَّفِيعِ وتَسلِيمِهِ الكُلَّ أو البَعضَ، وبِصُلْحِه عن الشُّفعَةِ بِعِوَضٍ، وبِبَيعِ المَشفُوعِ به قَبلَ القَضاءِ بالشُّفعَةِ، وبِضَمانِ الدَّرَكِ عن البائِعِ، وبِمُساومتِه المُشتَرِيَ بَيعاً وإجارَةً، . . . .

فصل

(وتَبطُلُ الشُّفعَةُ بِمَوتِ الشَّفِيعِ وتَسلِيمِه الكُلَّ أو البَعضَ[1]، وبِصُلْحِه عن الشُّفعَةِ بِعِوَضٍ وبِبَيعِ المَشفُوعِ به قَبلَ القَضاءِ بالشُّفعَةِ، وبِضَمانِ الدَّرَكِ عن البائِعِ، وبِمُساومتِه المُشتَرِيَ بَيعاً وإجارَةً) أما بطلانها بالموت فلأن مُلْكَه زال بالموت وانتقل إلى الوارث، وبعدَ ثبوتِه للوارث لم يُوجدِ البيع فلا يثبُتُ له حقُّ الشفعة، والمُراد إذا مات بعد البيع قبلَ القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعدَ القضاء لَزِمَ وانتقلت إلى وَرَثتِه ولَزِمَهم الثمنُ.

وأما تسليمُه الكلَّ فلأنه صريحٌ في الإسقاط، وأما البعض فلأن حقَّ الشفعة لا يتجزى ثبوتاً لأنه يملكُه كما مَلَكه المشتري، والمشتري لا يملك البعض لأنه تفريقُ الصفقة فلا يتجزّى إسقاطاً فيكون ذِكْرُ بعضِه كذكر كلِّه.

وأما الصلحُ عنها لأن الشفعة حقُّ التملك وليس حقاً متقرّراً، فلا يصحُّ الاعتياضُ عنه كالعِنِّين إذا قال لامرأته: اختاري تَرْكَ الفسخ

---

(١) في (س): النصف، والمثبت من (م).

ولا تَبطُلُ بمَوتِ المُشتَرِي. ولا شُفعَةَ لِوكيلِ البائِعِ، ولِوَكِيل المُشتَرِي الشُّفعَةُ، . . . .

بألفٍ، أو قال للمُخيَّرة: اختاريني بألفٍ فاختارت سَقَطَ الفسخُ ولا شيء لهما. ويجبُ عليه ردُّ العِوَض لأنه لم يقابله حقٌّ متقرِّرٌ فلا يكون تجارةً عن تَرَاضٍ فلا يحلّ.

وأما بيعُ المشفوع به قبل القضاء بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبلَ القضاء، وهو نظير الموت.

وأما ضمانُ الدَّرَك عن البائع فلأنه قد ضمن للمشتري بقاءَها على ملكه وسلامتَها له، وذلك يتضمَّنُ تسليم الشفعة.

وأما مساومةُ المشتري بيعاً وإجارةً فلأنه دليلُ الرِّضا بثبوت الملك للمشتري وتصرُّفِه فيه بيعاً وإجارةً، وذلك لا يكون إلا بعد إسقاط الشفعة، وكذلك إذا طلبها منه توليةً أو أخذها مُزارعةً أو معاملةً، وكل ذلك إذا كان بعد العِلم بالشراء.

قال: (**ولا تَبطُلُ بمَوتِ المُشتَرِي**) لأن المستحقَّ وهو الشفيع قائم، وحقُّه مقدَّمٌ على حقِّ المشتري حتى لا تنفذ وصيتُه فيه، ولا يباع في دَينه فيكون مقدَّماً على حقِّ الوارث.

قال: (**ولا شُفعَةَ لِوكيلِ البائِعِ**) لأنه سعى في نقضِ فعلِه وهو البيع، وكذا إذا كان له الخيارُ فأمضاه.

(**ولِوَكِيل المُشتَرِي الشُّفعَةُ**) لأنه لا ينقضُ فعلَه لأنه مثل الشراء، لأنه سعى في زوال ملك البائع.

وإذا قِيل للشَّفيعِ : إنَّ المُشترِيَ فُلانٌ فسَلَّمَ ثُمَّ تَبيَّنَ أنَّه غيرُه فله الشُّفعَةُ، وإذا قِيلَ له : إنَّها بِيعَت بألفٍ فسَلَّمَ ثُمَّ تبيَّنَ أنَّها بِيعَتْ بأقَلَّ أو بمَكِيلٍ أو مَوزُونٍ فهو على شُفعَتِه، . . . .

قال: (وإذا قِيل للشَّفيعِ : إنَّ المُشترِيَ فُلانٌ فسَلَّمَ ثُمَّ تَبيَّنَ أنَّه غيرُه فله الشُّفعَةُ) لتفاوت الناس في الجِوار، فقد رَضي بفلانٍ لخَيره ولم يرضَ بغيرِه فلم يوجد التسليمُ في حقه، وكذا لو ظهر أن المشتري اشتراها لغيره. ولو قيل: إن المشتري زيدٌ فسلَّم فإذا هو زيدٌ وعمرو فله أخذُ نصيب عمرو.

(وإذا قِيلَ له: إنَّها بِيعَت بألفٍ فسَلَّمَ ثُمَّ تَبيَّنَ أنَّها بِيعَتْ بأقَلَّ أو بمَكِيلٍ أو مَوزُونٍ فهو على شُفعَتِه) أما الأوّل فلأن الرضا بالأكثر لا يكون رِضاً بالأقلّ، وأما الثاني فلاحتمال تعذُّر الدارهم عليه وتيسُّر ما بيع به من المَكيل والموزون، وكذٰلك العدديُّ المتقارب، وسواءٌ كانت قيمتُه ألفاً أو أقلَّ أو أكثر، لأن الواجب المِثل، بخلاف ما إذا بِيع بعبدٍ أو أَمَةٍ قيمتُها ألفٌ أو أكثر، لأن الواجب ألفٌ حتى لو كانت قيمتُه أقلَّ من ألف لم تبطل شفعتُه لأن الواجب القيمةُ، ولو قيل: إنها بِيعت بجاريةٍ فظهر أنها بيعت بعبدٍ أو عَرَضٍ آخر، يُنظر إن كانت قيمةُ العبد أو العَرَض مثلَ قيمة الجارية أو أكثر بَطَلَتْ، وإن كانت أقلَّ لم تبطل لأن الواجب القيمةُ، ولو قيل: بيعت بألف درهمٍ فظهر أنها بيعت بمِئةِ دينارٍ، قال الكَرْخي: إن كانت قيمتُها ألفاً أو أكثر بطلت، وإن كانت أقلَّ لم تبطل، وهو قول أبي يوسف لأنهما جُعِلا كجِنسٍ واحد في

ولا تُكْرَهُ (م) الحِيْلةُ في إسقاطِ الشُّفعَةِ قَبلَ وُجُوبِها، ومَن باعَ سَهْماً ثُمَّ باعَ الباقيَ فالشُّفعَةُ في السَّهمِ الأوّل لا غيرُ. وإن اشتَراها بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فالشَّفيعُ إن شاء أدّاهُ حالاً، وإن شاءَ بعد الأَجَلِ ثُمَّ يأْخُذُ الدّارَ، . . . .

الثَّمنيَّة. وأشار محمد في «الأصل» إلى بقاء الشفعة، وهو قول أبي حنيفة وزُفر، لأنهما جِنسان مختلفان، حتى يجوز بيعُ أحدهما بالآخر متفاضلاً، ولأنه ربما يسهُلُ عليه أحدُهما دون الآخر. ولو قيل: بيعت بألفٍ ثم حطّ البائعُ للمشتري فله الشفعة، لأن الحط يلتحقُ بأصل العقد، فصار كأنه باعها بأقلَّ.

قال: (**ولا تُكْرَهُ الحِيْلةُ في إسقاطِ الشُّفعَةِ قَبلَ وُجُوبِها**) عند أبي يوسف لأنه مَنعٌ من وجوب الحقِّ، وتُكره عند محمد، لأنها شُرعت لدفع الضَّرر والحِيلةُ تنافيه. والحيلةُ في إسقاط الزكاة على هٰذا.

قال: (**ومَن باعَ سَهْماً ثُمَّ باعَ الباقيَ فالشُّفعَةُ في السَّهمِ الأوَّل لا غيرُ**) لأن الشفيع جارٌ والمشتري شريكٌ في المَبيع ثانياً، فيقدَّم عليه وهٰذه حِيلةٌ، وهو أن يبيع الأوّل بثمنٍ كثير والباقي بثمنٍ قليل؛ وإن اشتراها بثمنٍ ودفع عنه ثوباً أخذها بالثمن الأوّل لأنه يستحقُّ المَبيع بما وقع العقدُ عليه لما مَرَّ، وهٰذه أيضاً حِيلةٌ، وهو أن يعقد العقدَ بألفٍ مثلاً فيدفع عنها ثوباً يساوي مِئةً.

قال: (**وإن اشتَراها بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فالشَّفيعُ إن شاء أدّاهُ حالاً، وإن شاءَ بعد الأَجَلِ ثُمَّ يأْخُذُ الدّارَ**) لأن الرِّضا بالتأجيل على المشتري لا يكون رضاً بالتأجيل على الشفيع لتفاوت الناس في المَلاءةِ والإعسار

وإذا قُضِيَ لِلشفَّيعِ وقد بَنى المُشتَرِي، فإن شاءَ أخَذَها بقِيمَةِ البِناءِ وإن شاءَ كَلَّفَ المُشتَرِي قَلْعَه. . . . .

والوفاءِ والمَطْل، ولأنه ليس من حقوق العقد ولم يشترطه الشفيعُ فلا يثبتُ له، فإن أدَّاه حالاً وأخذها من البائع سَقَطَ الثمنُ عن المشتري لوصوله إلى البائع، وإن أخذَها من المشتري فالثمنُ على حاله مؤجَّلٌ للبائع على المشتري عملاً بالشرط، وصار كما إذا اشتراه مؤجَّلاً وباعه حالاً، وإن أدَّاه بعد الأجل فله ذٰلك، لأن له أن لا يلتزم زيادةَ الضَّرر، لٰكن لا بدَّ من طلبه على الوجه الذي بيناه، فإذا ثبت أخَّر أداء الثمن.

قال: (**وإذا قُضِيَ لِلشفَّيعِ وقد بَنى المُشتَرِي، فإن شاءَ أخَذَها بقِيمَةِ البِناءِ، وإن شاءَ كَلَّفَ المُشتَرِي قَلْعَه**) وهٰذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، وروايته عن أبي يوسف، ورَوى عنه ابنُ زياد أنه يأخذها بالثمن وقيمةِ البناء أو يترك. والغَرْسُ مثل البناء لأنه بَنَى في ملْكِ نفسِه، لأن تصرُّفه فيه صحيح، حتى لو آجرَه طاب له الأجرُ، والقَلْعُ من أحكام العُدوان فلا يُكلَّفُه كالزرع وكالموهوب له. ولنا أنه تعدَّى من حيث إنه بَنَى في ملكٍ تعلَّق به حقُّ الغير من غير تسليطٍ من ذٰلك الغير فينقض صيانةً لحقِّه، وضررُ النقض لحقِّ المشتري بفعلِه فلا يُعتَبر، ولأن الشفيع استحقه بسببٍ سابقٍ، وهو مقدَّم على حقِّ المشتري فينقضُه كما في الاستحقاق، ولهٰذا تنتقضُ جميعُ تصرّفاته، بخلاف الموهوب له لأن صاحب الحقِّ سلَّطه. وأما الزرعُ فالقياس أن يقلعَه، لٰكن استحسنوا أن يبقى في الأرض بالأجرة لأنه له نهايةً فلا

ولو بَنى الشّفِيعُ ثُمَّ استُحِقَّت رَجَعَ بالثَّمَنِ لا غيرُ، وإذا خَرِبَت الدَّارُ أو جَفَّ الشَّجَرُ فالشَّفِيعُ إن شاءَ أخَذَ السَّاحةَ بِجَميعِ الثَّمَنِ، وإن شاءَ تَرَكَ؛ وإن نَقَضَ المُشْتَرِي البِناءَ فالشَّفِيعُ إن شاءَ أخَذَ العَرْصَةَ بِحِصَّتها، وإن شاءَ تَرَكَ،

ضررَ فيه كالبناء. وذكر في «المحيط» أن الزرع يُترك بغير أجرٍ، وإن أخذَه بالقيمةِ فقيمتُه مقلوعاً، ويُعرفُ تمامُه في الغَصْب.

قال: (**ولو بَنى الشّفِيعُ ثُمَّ استُحِقَّت رَجَعَ بالثَّمَنِ**[1] **لا غيرُ**) ولا يرجع بقيمتِه على المشتري ولا على البائع، لأن الرجوع إنما ثَبَتَ في المسألة الأولى، لأن البائع خَدَع المشتري وضَمِن له التمكُّن من التصرّف كيف شاء، ولم يضمن للشفيع ذٰلك أحدٌ، لأنه أخذها بغير اختيار البائع ولا المشتري، فلم يكن مغروراً فلا يرجع، ولأنه لمّا استحقّ ثَبَت أنه أخذه بغير حقٍّ، أما الثمن فإنه عِوَضُ المَبيع، فإذا لم يسلِّم المَبيع يرجعُ بالثمن.

قال: (**وإذا خَرِبَت الدَّارُ، أو جَفَّ الشَّجَرُ، فالشَّفِيعُ إن شاءَ أخَذَ السَّاحةَ بِجَميعِ الثَّمَنِ، وإن شاءَ تَرَكَ**) وكذٰلك لو احترقت أو غَرِقت، لأن البناءَ تَبَعٌ ووصفٌ للساحة حتى يدخل في البيع بغير ذِكرٍ، فلا يقابلُه شيءٌ من الثمن ما لم يكن مقصوداً، كطَرَف العبد، ولو باعها مرابحةً باعها بجميع الثمن.

قال: (**وإن نَقَضَ المُشْتَرِي البِناءَ، فالشَّفِيعُ إن شاءَ أخَذَ العَرْصَةَ بِحِصَّتها، وإن شاءَ تَرَكَ**) لأنه صارَ مقصوداً بالإتلاف فيقابلُه شيءٌ من

---

(١) زاد هنا في (م): وينقض البناء، ورمجها في (س).

وإن اشتَرى نَخلاً عليه ثَمَرٌ فهو لِلشَّفيعِ، فإذا جَذَّه المُشتَري نَقَصَ حِصَّتَه من الثَّمَن.

الثمن، كأطراف العبيد، وكذا إذا فعَلَه أجنبيٌّ، وكذا إذا نَزَع بابَ الدار وباعه، وليس له أخذُ النقض، لأنه صار مفصولاً، فلم يبقَ تَبَعاً، أو صار نقليّاً، فلا شُفعةَ فيه.

قال: **(وإن اشتَرى نَخلاً عليه ثَمَرٌ فهو لِلشَّفيعِ)** معناه إذا شَرَطه في البيع، لأنه لا يدخل بدون الشرط على ما مرَّ في البيوع، فإذا شَرَطه دخل في البيع واستُحقَّ بالشفعة، لأنه باعتبار الاتصال صار كالنَّخل، وهٰذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا شُفعةَ فيه، لعدم التبعيَّة حتى لا يدخلَ في البيع بدونِ الشرط.

وإذا دَخَل في الشفعة **(فإذا جَذَّه المُشتَري نَقَصَ حِصَّتَه من الثَّمَن)** لأنه صار مقصوداً بالذِّكر، فقابلَه شيءٌ من الثمن، وليس له أن يأخذ الثمرةَ لأنها نفليَّةٌ، ولو لم يكن على النخل ثمرٌ وقت البيع فأثمَرَ فللشفيع أخذُه بالثمرة لأن البيع سرى إليه فكان تبَعاً، فإذا أخذها المشتري، فالشفيعُ يأخذُ النخلَ بجميع الثمن، لأن الثمرةَ لم تكن موجودةً وقتَ العقد فلم تكن مقصودةً، فلا يقابلُها شيءٌ من الثمن.

❑ ❑ ❑

كتاب الإجارة

وهي بَيعُ المَنافِعِ، جُوِّزَت على خِلافِ القِياسِ لحاجَةِ النَّاسِ،

الإجارة

(وهي بَيعُ المَنافِعِ، جُوِّزَت على خِلافِ القِياسِ لحاجَةِ النَّاسِ) اعلم أن التمليك نوعان: تمليكُ عينٍ، وتمليكُ منافع، وتمليك العين نوعان: بِعِوَض وهو البيع وقد بيناه، وبغير عِوَض وهو الهِبة والصَّدقة والوصيةُ، وسيأتيك أبوابُها إن شاء الله تعالى.

وتمليك المنافع نوعانِ: بغير عِوَض، وهو العاريَّةُ والوصيَّة بالمنافع على ما يأتيك، وبِعِوَض وهو الإجارة، وسمِّيت بيعَ المنافع لوجودِ معنى البيع، وهو بذلُ الأعواض في مقابَلَة المنفعة، وهي على خلافِ القياس، لأن المنافع معدومة، وبيعُ المعدوم لا يجوز، إلا أنا جوَّزناها لحاجة الناس إليها.

ومَنَعَ شمسُ الأئمة السَّرَخسي هٰذا وقال: إنما يُشترط الملك والوجودُ للقدرة على التسليم، وهٰذا لا يتحقق في المنافع، لأنها عرضٌ لا يبقى زمانين فلا معنى للاشتراط، فأقمنا العينَ المنتفَع بها مقام المنفعة في حقِّ إضافة العقد إليها ليترتَّب القَبول على الإيجاب، كقيام الذِّمة التي هي محلُّ المُسلَم فيه مقامَ المعقود عليه في حقّ جواز السَّلَم، وتنعقد ساعةً فساعة على حسب حدوث المنفعة لِيقترن

. . . .

الانعقادُ بالاستيفاء. فيتحقق بهٰذا الطريق التمكُّن من استيفاء المعقود عليه. والدليلُ على جوازها قولُه تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٣٢]، وقولُه تعالى: ﴿لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا﴾ [الزخرف: ٣٢]، أي: بالعمل بالأجْر. وقال عليه السلام: «من استأجر أَجِيراً فليُعْلِمْه أجره»[1]، وبُعث عليه السلام والناسُ يتعاملون بها فأقرَّهم على ذٰلك، وعليه الإجماع.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٠٢٣) عن معمر والثوري عن حماد عن إبراهيم بن يزيد النخعي عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري - أو أحدهما - أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليسم له إجارته». وإسناده ضعيف لانقطاعه، فإن إبراهيم لم يسمع من أبي هريرة وأبي سعيد.

وأخرجه كذٰلك عبد الرزاق (١٥٠٢٤) قال: قلت للثوري: سمعت حماداً يحدث عن إبراهيم عن أبي سعيد أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليسم له إجارته» قال: نعم، وحدث به مرة أخرى، فلم يبلغ به النبي ﷺ. إسناده ضعيف كسابقه.

وأخرجه موقوفاً ابن أبي شيبة ٦/ ٣٠٣ عن وكيع عن سفيان عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد قالا: من استأجر أجيراً فليعلمه أجره. وإسناده ضعيف كسابقه.

وأخرجه موقوفاً أيضاً النسائي في «المجتبى» ٧/ ٣١-٣٢، وفي «الكبرى» (٤٦٥٦) من طريق شعبة، عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن أبي سعيد قال: إذا استأجرت أجيراً فأعلمه أجره. قال أبو زرعة: الصحيح موقوف عن أبي سعيد، فيما نقله عنه ابن أبي حاتم في «العلل» (١١١٨). وقال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٩٧: رواه أحمد، وقد رواه النسائي موقوفاً، ورجال أحمد رجال=

ولا بُدَّ من كَونِ المَنافِع والأُجرَةِ مَعلومَةً، وما صَلَحَ ثمَناً صَلَحَ أُجرَةً وتَفسُدُ بالشُّرُوطِ، ويَثبُتُ فيها خِيارُ الرُّؤيَةِ والشَّرطِ والعَيْب، وتُقالُ وتُفسَخُ،

ولا تنعقدُ بلفظةِ البيع لأنها وُضِعتْ لتمليك الأعيان، والإجارةُ تمليكُ منافعٍ معدومة. ويبدأ بتسليم المعقود عليه ليتمكَّن من الانتفاع، لأن عينَ المنفعة لا يمكنُ تسليمُها، فأقمنا التمكيـن من الانتفاع مقامَه.

قال: (**ولا بُدَّ من كَونِ المَنافِع والأُجرَةِ مَعلومَةً**) قطعاً للمُنازعة ولِمَا تقدم من الحديث.

قال: (**وما صَلَحَ ثمَناً صَلَحَ أُجرَةً**) لأنها ثمن أيضاً، فالمَكِيل والمَوزُون والمزروع والمعدودُ المتقارِبُ يصلُح أُجرةً على الوجه الذي يصلُح ثمناً، والحيوانُ يصلُح إن كان عيناً، أما دَيناً فلا، لأنه لا يثبُتُ في الذِّمَّة، والمنفعةُ تصلُح أجرةً في الإجارة إذا اختلف جنساهما، ولا تصلحُ ثمناً في البيع لأن الثمن يُملَكُ بنفس العقد، والمنفعةُ معدومةٌ لا يمكن تمليكُها بنفس العقد.

قال: (**وتَفسُدُ بالشُّرُوطِ، ويَثبُتُ فيها خِيارُ الرُّؤيَةِ والشَّرطِ والعَيْب، وتُقالُ وتُفسَخُ**) كما في البيع.

= الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب. قلنا: وهو كذلك. وهو عند أحمد في «مسنده» (١١٥٦٥) من طريق إبراهيم بن يزيد النخعي عن أبي سعيد الخدري: أن النبي نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره... الحديث. وإسناده ضعيف كسابقه.

والمَنافعُ تُعلَمُ بذِكْرِ المُدَّةِ كسُكنى الدُّورِ، وزَرْعِ الأرَضِينَ مُدَّةً مَعلُومةً أو بالتَّسمِيةِ كَصَبْغِ الثَّوبِ، وخِياطَتِه، وإجارَةِ الدَّابَّةِ لِحَمْلِ شيءٍ مَعلُومٍ، أو لِيَركَبها مَسافَةً مَعلُومَةً، أو بالإشارَةِ كحَمْلِ هذا الطَّعام.

وإن استأجَرَ داراً و حانُوتاً فلَه أن يَسكُنَها ويُسْكِنَها من شاءَ ويَعمَلَ فيها ما شاءَ إلاَّ القِصَارَةَ أو الحِدَادَةَ أو الطَّحْنَ. . . . .

قال: (والمَنافِعُ تُعلَمُ بذِكْرِ المُدَّةِ كسُكنى الدُّورِ، وزَرْعِ الأرَضِينَ مُدَّةً مَعلُومةً) لأن المدّة إذا عُلمت تصيرُ المنافع معلومةً.

(أو بالتَّسمِيـةِ كَصَبْغِ الثَّوبِ، وخِياطَتِـه، وإجارَةِ الدَّابَّـةِ لِحَمْل شيءٍ مَعلُومٍ، أو لِيَركَبها مَسافَةً مَعلُومَةً) لأنه إذا بيَّن لونَ الصبغ وقَدْرَه وجِنسَ الخياطةِ وقَدْر المحمول وجنسَه والمسافةَ تصيرُ المنافعُ معلومةً.

(أو بالإشارَةِ كحَمْلِ هذا الطَّعام) لأنه إذا عُرف ما يحملُه، والموضعُ الذي يحملُه إليه، تصيرُ المنفعةُ معلومةً.

(وإن استأجَرَ داراً أو حانُوتاً فلَه أن يَسكُنَها ويُسْكِنَها من شاءَ ويَعمَلَ فيها ما شاءَ) مِن وضع المتاع ورَبْط الحيوان وغيره وإن لم يُسمِّ ذلك، لأن المقصود المتعارَفَ من الدُّور والحوانيت ذلك، ومنافع السُّكنى غير متفاوتةٍ في ذلك.

قال: (إلاَّ القِصَارَةَ أو الحِدَادَةَ أو الطَّحْنَ) لأنها توهِنُ البناء، وفيه ضررٌ، فلا يقتضيه العقدُ إلا بالتسمية، وإن كانت الدار ضيِّقةً ليس له أن يربطَ الدابَّةَ فيها لعدم العادة.

وإن استأْجَرَ أرضاً لِلزّرَاعَةِ بيَّنَ ما يزرعُ فيها أو يقُولُ: على أن يَزرَعَها ما شاءَ، وهكذا ركُوبُ الدَّابَّةِ ولُبْسُ الثَّوبِ، إلاَّ أنه إذا لَبِسَ أو رَكِبَ واحِدٌ تعَيَّنَ؛ وإذا استأْجَرَ أرضاً لِلبِناءِ والغَرْسِ فانقَضتِ المُدَّةُ يَجِبُ عليه تَسلِيمُها فارِغةً كما قَبضَها، والرَّطْبَةُ كالشَّجَرِ، . . . .

قال: (**وإن استأْجَرَ أرضاً لِلزّرَاعَةِ بيَّنَ ما يزرعُ فيها، أو يقُولُ: على أن يَزرَعَها ما شاءَ**) لأن منافع الزراعة مختلفةٌ، وكذٰلك تضرُّر الأرض بالزراعة مختلفٌ باختلاف المزروعات فيُفضِي إلى المُنازعة، فإذا بيَّن ما يَزرع، أو قال: على أن يزرع ما شاء انقطعت المنازعةُ.

(**وهٰكذا ركُوبُ الدَّابَّةِ ولُبْسُ الثَّوبِ**) وكلُّ ما يختلف باختلاف المستعمِل، لأن الناسَ يختلِفون في الرُّكوب واللُّبس فيُفضِي إلى المُنازعة، فإذا عيَّن أو أطلَقَ فلا منازعةَ.

(**إلاَّ أنه إذا لَبِسَ أو رَكِبَ واحِدٌ تعَيَّنَ**) فليس له أن يُركِبَ أو يُلبِسَ غيرَه، كما إذا عيَّنه في الابتداء.

ويدخل في إجارة الدُّور والأرَضين الطريقُ والشِّرْب، لأن المقصودَ المنفعةُ ولا منفعةَ دونهما.

قال: (**وإذا استأْجَرَ أرضاً لِلبِناءِ والغَرْسِ فانقَضتِ المُدَّةُ يَجِبُ عليه تَسلِيمُها فارِغةً كما قَبضَها**) ليتمكَّن مالكُها من الانتفاع بها، فيقلَعُ البناءَ والغَرْسَ لأنه لا نهايةَ لهما.

(**والرَّطْبَةُ كالشَّجَرِ**) لِطول بقائِه في الأرض، أما الزرع فله نهايةٌ معلومة، فيُترك بأجرِ المِثل إلى نهايتِه رعايةً للجانبين.

فَإن كانتِ الأرضُ تَنْقُصُ بالقَلْعِ يَضْمَنُ له الآجِرُ قِيمَةَ ذٰلك مَقلُوعاً ويتملَّكُه، وإن كانت الأرضُ لا تنقُصُ، فإن شاءَ صَاحِبُ الأرضِ أن يَضمَنَ له القِيمَةَ ويَتملَّكَه فله ذٰلك بِرِضَا صاحبِهِ، أو يَتَرَاضَيانِ فتكونُ الأرضُ لهذا والبناءُ لهذا، وإن سَمَّى ما يَحْمِلُه على الدَّابَّةِ كَقَفِيزِ حِنْطَةٍ فله أن يَحْمِلَ ما هو مِثْلُه أو أخَفُّ كالشَّعِيرِ، ولَيسَ له أن يَحمِلَ أثْقَلَ كالمِلْحِ، وإن زَادَ على المُسَمَّى فَعَطِبَتْ ضَمِنَ بقَدْرِ الزِّيادَةِ، وإن سَمَّى قَدْراً من القُطْنِ فلَيسَ له أن يَحْمِلَ مِثْلَ وَزنِهِ حدِيداً، ....

(فَإن كانتِ الأرضُ تَنْقُصُ بالقَلْعِ يَضْمَنُ له الآجِرُ قِيمَةَ ذٰلك مَقلُوعاً ويَتَملَّكُه) ترجيحاً لجانب الأرض لأنها الأصلُ، والبناءُ والغَرْس تَبَعٌ، وإنما يضمن قيمتَه مقلوعاً لأنه مستحِقُّ القَلْعِ، فتقوَّم الأرضُ بدونِ البناء والشجر، وتقوَّم وبها بناءٌ أو شجر، لصاحب الأرض أن يأمُرَهُ بقلعِه، فيضمن فضل ما بينهما.

(وإن كانت الأرضُ لا تَنْقُصُ، فإن شاءَ صَاحِبُ الأرضِ أن يَضمَنَ له القِيمَةَ) كما تقدم (ويَتَملَّكَه فله ذٰلك بِرِضَا صاحبِهِ، أو يَتَرَاضَيانِ فتكونُ الأرضُ لهٰذا والبِناءُ لهٰذا) لأن الحقّ لهما.

قال: (وإن سَمَّى ما يَحْمِلهُ على الدَّابَّةِ كَقَفِيزِ حِنْطَةٍ فله أن يَحْمِلَ ما هو مِثْلُه أو أخَفُّ كالشَّعِيرِ، ولَيسَ له أن يَحمِلَ أثْقَلَ كالمِلْحِ، وإن زَادَ على المُسَمَّى فَعَطِبَتْ ضَمِنَ بقَدْرِ الزِّيادَةِ، وإن سَمَّى قَدْراً من القُطْنِ فلَيسَ له أن يَحْمِلَ مِثْلَ وَزنِهِ حدِيداً) والأصل أن المستأجر إذا خالف إلى مثل المشروط أو أخفَّ فلا شيء عليه، لأن الرِّضا بأعلى الضَّررين رضاً بالأدنى وبمثلِه دلالةً، وإن خالف إلى ما هو فوقَه في الضرر

وإن استَأْجَرَها لِيَركَبها فأردَفَ آخَرَ ضَمِنَ النِّصفَ، وإن ضَرَبها فعَطِبَتْ ضَمِنَ (سم).

فعَطِبت الدابة، فإن كان من خلاف جنس المشروط ضَمِن الدابةَ، لأنه مُتَعدٍّ في الجميع ولا أجر عليه، وإن كان من جنسِه ضَمِن بقَدْر الزيادة وعليه الأجرُ، لأنها هلكت بفِعلٍ مأذونٍ وغيرِ مأذونٍ، فيقسم على قَدْرِهما، إلا إذا كان قَدْراً لا تطيقه فيضمنُ الكلَّ لكونه غيرَ معتادٍ فلا يكون مأذوناً فيه، والحديدُ أضرُّ من القطن لأنه يجتمع في موضعٍ واحدٍ من ظهر الدابة، والقطنُ ينبسط.

قال: (**وإن استَأْجَرَها لِيَركَبها فأردَفَ آخَرَ ضَمِنَ النِّصفَ**) وهي نظير الزيادة من الجنس تعليلاً وتفصيلاً. قال: (**وإن ضَرَبها فعَطِبَتْ ضَمِنَ**) وكذٰلك إن كبَحَها بِلِجامها إلا أن يكونَ أذِنَ له في ذٰلك، وقالا: لا يضمنُ إلا أن يتجاوز المعتادَ، لأنه لا بدَّ من الضرب المعتاد في السَّير، فكان مأذوناً فيه لأن المعتاد كالمشروط، ولأبي حنيفة: أن السَّير ممكنٌ بدون ذٰلك بتحريك الرِّجل والصَّيحة، فلا يملك ذٰلك إلا بصريح الإذن، وكذا لو استأجر حماراً بسَرْجٍ فأوكَفَه ضمن عنده، وقالا: لا يضمن إلا أن يكون أثقلَ من السَّرْج، فيضمن قدرَ الزيادة، أو يكون لا يُوْكَفُ بمثله الحُمُر فيضمن الكلَّ، لأنه إذا كان يوكَف بمثلِه الحُمُر صار هو والسرجُ سواء فيكون مأذوناً فيه دِلالةً، وله أن الإكافَ للحَمل والسَّرج للرُّكوب وكان خلافَ الجنس، ولأنه ينبسط على ظهر الدابة أكثرَ من السرج فكان أضرَّ فيضمن للمخالفة.

فصل

الأُجَرَاءُ: مُشْتَرِكٌ كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ، ولا يَستَحِقُّ الأُجرَةَ حتَّى يَعمَلَ، والمالُ أمانَةٌ في يَدِه، إلا أن يَتلَفَ بعَمَلِه، كَتَخْرِيقِ الثَّوب من دَقِّهِ، وزَلَقِ الحَمَّالِ، وانقِطاعِ الحَبْلِ من شَدِّهِ وَنَحوِ ذٰلك، إلاَّ أنَّه لا يَضْمَنُ الآدَمِيَّ إذا غَرِقَ في السَّفِينَةِ مِن مَدِّهِ أو سَقَطَ من الدَّابةِ بِسَوقِه وقَوْدِه.

فصل

(**الأُجَرَاءُ: مُشْتَرِكٌ كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ**) لأن المعقود عليه إما العملُ أو أثرُه، والمنفعةُ غيرُ مستحَقةٍ فله أن يعمل للغير فكان مشتركاً.

(**ولا يَستَحِقُّ الأُجرَةَ حتَّى يَعمَلَ**) لأن الأجرة لا تُستحقُّ بالعقد على ما نبينُه إن شاء الله تعالى.

(**والمالُ أمانَةٌ في يَدِه**) لأنه قبَضَه بإذن المالك فلا يضمنُه.

(**إلا أن يَتلَفَ بعَمَلِه كَتَخْرِيقِ الثَّوب من دَقِّهِ، وزَلَقِ الحَمَّالِ[1]، وانقِطاعِ الحَبْلِ من شَدِّهِ وَنَحوِ ذٰلك**) لأنه مضافٌ إلى فعله، وهو لم يُؤمَر إلا بعملٍ فيه صلاح، فإذا أفسدَه فقد خالَفَ فيضمن.

(**إلاَّ أنَّه لا يَضْمَنُ الآدَمِيَّ إذا[2] غَرِقَ في السَّفِينَةِ مِن مَدِّهِ أو[3] سقَطَ من الدَّابةِ بِسَوقِه وقَوْدِه**) لأن الآدمي لا يُضمَن بالعقد وإنما يُضمَن

---

(١) في (م): الجمال، والمثبت من (س).

(٢) في (م): «إلا إذا» وهو خطأ، والصواب ما أثبتنا كما هو في (س). وانظر «البناية» ١٠/٣١٦.

(٣) في (م): أو مَن سقط، والمثبت من (س).

. . . .

بالجِناية، ولو غَرِقت من موجٍ أو ريحٍ، أو صَدْم جبلٍ، أو زُوحِمَ الحمَّال[1] فلا ضمان عليهم، لأنه لا فعلَ لهم في ذٰلك، ولو تَلِف بفِعل أجيرِ القَصّار لا متعمداً فالضمانُ على الأستاذ، لأن فعل الأجير مضافٌ إلى أستاذه، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمنُ سواء هَلَكَ بفِعله أو بغير فِعلِه، إلا ما لا يمكن الاحترازُ عنه، كالموت والحريق والغريق الغالب والعدوّ المكابِر، لأنه يجب عليه حفظُه عما يُمكن التحرُّز عنه، فإذا تركه ضَمِنَ، كما إذا هلك بفعله، وهو مرويٌّ عن عمر وعلي رضي الله عنهما[2]، ثُمَّ إن شاء ضَمَّنه معمولاً وأعطاه الأجرَ، أو غيرَ معمول ولا

---

(١) في (م): الجمال، والمثبت من (س).

(٢) رواية عمر أخرجها عبد الرزاق (١٤٩٤٩)، وابن أبي شيبة ٦/ ٢٨٥ من طريقين عن طلحة بن أبي سعيد قال: سمعت بكير بن عبد الله بن الأشج يُحدِّث عن عمر بن الخطاب: ضَمَّنَ الصناعَ الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم. وفيه انقطاع بين بكير وعمر.

وأما أثر علي فقد رواه ابن أبي شيبة ٦/ ٢٨٥-٢٨٦ عن حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي: أنه كان يضمن القصار والصُّوّاغ. وهٰذا سند فيه انقطاع بين أبي جعفر وعلي. وهو كذٰلك عند البيهقي ٦/ ١٢٢ من طريق عبيد بن شريك، حدثنا أبو الجماهير، حدثنا سليمان بن بلال، عن جعفر ابن محمد عن أبيه عن علي.

وفي «مصنف ابن أبي شيبة» ٦/ ٢٨٦ عن شريح أنه كان يُضمن القصار، وقال: أعطه ثوبه أو شرواه.

وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٤١ عن تضمين الصناع: والمسألة فيها ثلاثة مذاهب: أحدها: يضمن مطلقاً، وبه قال مالك، والثاني: لا يضمن مطلقاً، =

أجرَ له. وقال زفر: لا يضمنُ في الوجهين، لأنه عَمِل بأمر المالك وصارَ كأجير الوَحْد[1]، وجوابه ما مرّ لأبي حنيفة.

قال: (**ولا ضَمَانَ عَلى الفَصَّادِ والبَزَّاغِ[2] إلاَّ أن يَتَجاوَزَ المَوضِعَ المُعتادَ**) لأنه إذا فعَلَ المعتادَ لا يمكنه الاحتراز عن السِّراية، لأنه يبتني على قوّة المِزاج وضعفِه وذٰلك غير معلوم فلا يتقيَّد به، بخلاف دَقِّ الثوب لأن رِقَّته وثَخَانته تُعرَف لأهل الخبرة به فتقيَّد بالصلاح. ولو قال للخياط: إن كفاني هٰذا الثوب قميصاً فاقطعْه فقَطَعَه[3] فلم يَكْفِه ضَمِن، لأنه إنما أذِنَ له في القطع بشرط الكفاية، ولو قال له: هل يكفيني؟ فقال: نعم، قال: فاقطع، فلم يكفِه، لا يضمنُ لأنه أمره بالقطع مطلقاً.

= وهو مذهبنا، الثالث: يضمن ما تلف بصنعه، ولا يضمن بغير صنعه، وبه قال أحمد، والله أعلم.

(١) قوله: «كأجير الوَحْد»، قال في «البناية» ١٠/ ٣٢٠: بفتح الواو وسكون الحاء بمعنى الواحد، وهو صفة موصوفها محذوف تقديره: أجير مستأجِرٍ واحد. ويجوز تحريك الحاء أيضاً. قال: وإنما سمي أجيراً واحداً، لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره. اهـ.

ويسمى أيضاً: الأجير الخاص، لأنه يختص بواحد.

(٢) الفصاد والبزاغ: أي: الذي يقطع العروق بالمشرط. قال في «البناية» ٣١٨/١٠: فَصَد من باب ضرب يُستعمل في الآدمي، وبزغ من باب فتح، يستعمل في الحيوان، يقال: بزغ البيطار الدابة إذا شقها بالمبزاغ وهو مثل مشرط الحجام.

(٣) لفظة: «فقطعه» سقطت من (س).

وخاصٌّ كالمُستأْجَرِ شَهراً لِلخِدمَةِ ورَعْي الغَنَم ونحوِه، ويَستَحِقُّ الأُجْرة بِتَسلِيمِ نَفسِهِ وإن لم يَعمَلْ، ولا يَضْمَنُ ما تَلِفَ في يَدِه ولا بِعَمَلِه إذا لم يَتَعَمَّدِ الفَسادَ، ومَنِ استَأْجَرَ عَبداً فلَيسَ له أن يُسافِرَ بِهِ إلاَّ أن يَشْرِطَهُ.

قال: (وخاصٌّ كالمُستأْجَرِ شَهراً لِلخِدمَةِ ورَعْي الغَنَم ونحوِه) لأن منافعَه صارت مستحقةً للمستأجِر طولَ المدَّة، فلا يمكنُه صَرْفُها إلى غيره، فلهٰذا كان خاصّاً، ويُسمّى أجير الوَحْد أيضاً.

(ويَستَحِقُّ الأُجْرةَ بِتَسلِيمِ نَفسِهِ وإن لم يَعمَلْ) لأنها مقابلةٌ بالمنافع، وإنما ذكر العملَ لصرف المنفعةِ المستحَقَّة إلى تلك الجهة، ومنافعُه صارت مستوفاةً بالتسليم تقديراً حيث فوَّتها عليه فاستحقَّ الأجرة.

قال: (ولا يَضْمَنُ ما تَلِفَ في يَدِه) لما مرّ (ولا بِعَمَلِه إذا لم يَتَعَمَّدِ الفَسادَ) لأن المعقود عليه المنفعةُ وهي سليمة، والمعيبُ العملُ الذي هو لتسليم[1] المنفعة، وهو غير معقودٍ عليه فلا يكون مضموناً عليه، ولأن المنافعَ إذا صارت مِلْكاً للمستأجر فإذا أمرَه بالعمل انتقل عملُه إليه، لأنه يصيرُ نائباً عنه فيكون كأنه فعله بنفسِه، ولهٰذا قلنا في أُجَراء القَصَّار والخيَّاط وسائرِ الصُّنَّاع: إن فِعْلهم مضافٌ إلى الأستاذ كأنه فعَلَه بنفسه وما تَلِف من عمله ضمانُه على أستاذه لما أنه أجيرٌ خاصٌّ.

قال: (ومَنِ استَأْجَرَ عَبداً فلَيسَ له أن يُسافِرَ بِهِ إلاَّ أن يَشْرِطَهُ) لأن خدمة السفر أشقُّ فلا ينتظمها العقدُ إلا بشرط، فإن استأجره للخِدمة فعليه خدمتُه من السَّحَر إلى أن ينام الناس بعدَ العِشاء عملاً بالعُرف في

---

(١) لفظة: «لتسليم» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

فصل

والأُجرَةُ تُستَحَقّ باستِيفاءِ المَعْقُودِ عليه، أو باشْتِرَاطِ التَّعجِيلِ أو بتَعجِيلِها، ....

الخِدمة وعليه خدمةُ البيت والضيفِ دون الخبز والطبخ والخياطة وعَلَف الدوابِّ ونحو ذٰلك، ولو آجَر عبدَه سنةً ثم أعتقَه في خلالها جاز العِتقُ. والعبدُ إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسَخَ، وأجرةُ ما مضى للسيد وما بقي للعبد، لأن منفعتَه بعد العِتق له فيكون له بدلُها، وإذا أجاز فليس له فَسْخُها بعد ذٰلك، وليس للعبد قبضُ الأجرة إلا بإذن المولى.

فصل

(والأُجرَةُ تُستَحَقّ باستِيفاءِ المَعْقُودِ عليه، أو باشْتِرَاطِ التَّعجِيلِ أو بتَعجِيلِها) لأن الأجرةَ لا تجبُ بنفس العَقد، لقوله عليه السلام: «أعطوا الأجيرَ أجرَه قبل أن يَجِفَّ عرقُه»[1]، ولو وجبت بنفس العَقد،

---

(١) أخرجه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٣٠١٤) من طريق سعيد بن منصور، عن محمد بن عمار المؤذن، عن المقبري، عن أبي هريرة، فذكره. وإسناده قوي، رجاله ثقات رجال الشيخين غير محمد بن عمار، فقد روى له الترمذي، ووثقه ابن المديني، وقال أحمد وابن معين: لم يكن به بأس، وقال أبو حاتم: شيخ ليس به بأس يكتب حديثه، وذكره ابن حبان في «الثقات». وهو عند ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٢٢٣٥، وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» ١/ ٢٢١، والبيهقي ٦/ ١٢١ من طريق سويد بن سعيد، عن محمد بن عمار المؤذن، بهٰذا الإسناد. =

. . . .

لما جازَ تأخيرُه إلا برِضاه، لأن النصَّ يقتضي الوجوبَ بعدَ الفراغ، لأن العَرَق إنما يوجدُ بالعمل، ولأن المنفعة لا يمكنُ استيفاؤها لدى العقد، لأنها تحدُثُ شيئاً فشيئاً، وهي عقد[1] معاوضةٍ فيقتضي المساواة، فلا تجبُ الأجرةُ بنفس العقد، فإذا استوفى المعقودَ عليه استحقَ الأجرةَ عملاً بالمساواة، فإذا اشترط التعجيلَ أو عجَّلها فقد رضي بإسقاط حقِّه في التأجيل فيسقط.

= وأخرجه أبو يعلى (٦٦٨٢)، والبيهقي في «السنن» ٦/ ١٢١ من طريق عبد الله بن جعفر، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة. وعبد الله ابن جعفر ضعيف.

وأخرجه من حديث ابن عمر ابن ماجه (٢٤٤٣)، والشهاب القضاعي في «مسنده» (٧٤٤). وفي سنده عبد الرحمٰن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف.

ورواه حميد بن زنجويه في «الأموال» (٢٠٩١) من طريق عثمان بن عثمان الغطفاني، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار رفعه مرسلاً، وهو أصح من المسند.

وعن جابر عند الطبراني في «الصغير» (٣٤)، والخطيب في «تاريخه» ٥/ ٣٣، وفي سنده محمد بن زياد بن زبّار الكلبي، وشَرْقي بن القُطامي، وكلاهما ضعيف.

وانظر حديث أبي هريرة في «صحيح البخاري» (٢٢٢٧) ولفظه: «قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حُرّاً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعطِه أجرَه». وهو في «المسند» (٨٦٩٢).

(١) لفظة: «عقد» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

وإذا تَسَلَّمَ العَينَ المُستأجَرَةَ فعليه الأجرَةُ وإن لم يَنْتَفِعْ بها، فإن غُصِبَتْ منه سَقَطَت الأُجْرةُ، ولِرَبّ الدّارِ أن يُطالِبَ بأُجرَةِ كُلِّ يومٍ، والجَمَّالِ بأُجرَةِ كُلّ مَرْحَلَةٍ، . . . .

قال: (**وإذا تَسَلَّمَ العَينَ المُستأجَرَةَ فعليه الأجرَةُ وإن لم يَنْتَفِعْ بها**) لأن تسليم المنفعة غيرُ ممكن، فأقيم تسليمُ العين مقامَها ليتمكَّن من الانتفاع.

(**فإن غُصِبَتْ منه سَقَطَت الأُجْرةُ**) لأنه زال التمكُّن فبَطَلَت لما بيَّنا أنها تنعقدُ شيئاً فشيئاً، ولو غَصَبها في بعض المدَّة سقطت حِصَّتُه لما بيَّنا.

قال: (**ولِرَبّ الدَّارِ أن يُطالِبَ بأُجرَةِ كُلِّ يومٍ**) وكذا جميع العَقَار، لأن أحد العِوَضين صار منتفَعاً به مدّةً مقصودة، فيجب أن يكون العِوضُ الآخر كذٰلك تحقيقاً للمساواة، وقضيةُ ما ذكرنا أن له المطالبة ساعةً فساعة، إلا أن فيه حَرَجاً عظيماً وضَرَراً ظاهراً، فقدَّرناه باليوم تيسيراً، ولأنا لا نعرفُ حِصَّةَ كلِّ ساعة.

قال: (**والجَمَّالِ بأُجرَةِ كُلّ مَرْحَلَةٍ**) لما بيَّنا. وعن أبي يوسف: إذا سار ثُلُثَ الطريق أو نصفَه لَزِمه التسليم، وعن أبي حنيفة: إذا انقَضَتِ المدّةُ وانتهى السفرُ، وهو قول زفر، لأن المعقودَ عليه شيءٌ واحد وهو قطع هٰذه المسافة أو سُكنى هٰذه المدّة فلا ينقسم الأجرُ على أجزائها كالعَمَل، وكأن أبا يوسف أقامَ الثلثَ أو النصفَ مقامَ الكلِّ على أصلِه، وجوابُه ما بينا، ثم رجع أبو حنيفة إلى ما ذكرنا أوّلاً.

وتَمامُ الخَبزِ إخْراجُه من التَّنُّورِ، وتمَامُ الطَّبخِ غرْفُه، وتمَامُ ضَربِ اللَّبِنِ إقامَتُه (سم)، ومَن لِعَمَلِه أثرٌ في العَينِ كالصَّبَّاغِ والخَيَّاطِ والقَصَّارِ يَحبِسُها حتَّى يَسْتَوفيَ الأجرَ، . . . .

قال: (**وتَمامُ الخَبزِ إخْراجُه من التَّنُّورِ**) وكذٰلك الآجُرُّ، لأنه لا يُنتفع به قبل ذٰلك، فلو احترق أو سقط من يده قبلَ ذٰلك، فلا أجرَ له لهلاكِه قبل التسليم.

وإن هلك بعد الإخراج بغير فِعلِه فلا ضمانَ عليه وله الأجرُ، لأنه سلَّمه حيثُ وضعه في بيتِه ولم يهلك بفِعله.

قال: (**وتمَامُ الطَّبخِ غَرْفُه**) إن كان وليمةً، وإن طَبخ قَدْرَ طعامٍ لصاحبِه فليس عليه الغَرْفُ للعُرف.

قال: (**وتمَامُ ضَربِ اللَّبِنِ إقامَتُه**) وقالا: تشريجُه، لأن بالتشريج[1] يُؤمَنُ عليه الفساد، وهو من عملِه عُرفاً فيلزمُه، ولأبي حنيفة: أن العمل تمَّ بالإقامة، لأنه يمكنُه الانتفاعُ به من غير خللٍ فلا يلزمُه شيءٌ آخر، والتشريجُ فعلٌ آخرُ فلا يلزمه إلا بالشرط. ولو كان في غير ملكِه، فما لم يُشرِّجه ويسلِّمه إلى المستأجِر، فلا أجرَ له وهو في ضمانِه.

قال: (**ومَن لِعَمَلِه أثرٌ في العَينِ كالصَّبَّاغِ والخَيَّاطِ والقَصَّارِ يَحبِسُها حتَّى يَسْتَوفيَ الأجرَ**) لأن له حبسُ صَبغِه وغيره بحَبْس المحلِّ حتى يستوفي ثمنَه كالمبيع.

---

(١) تشريج اللَّبن: تنضيدُه، أي: ضمّ بعضه إلى بعض.

فإن حَبَسَها فضَاعَتْ لا شَيءَ عليه (سم) ولا أجرَ له، ومَنْ لا أثَرَ لِعَمَلِه كالحَمَّالِ والغَسَّالِ ليسَ له ذٰلك، وإذا شُرِطَ على الصَّانِعِ العَمَلُ بِنَفْسِه ليسَ له أن يَستَعمِلَ غَيرَه، وإن قال: إن سَكَنْتَ هٰذا الحانُوتَ عَطَّاراً بدِرْهَمٍ، وحَدَّاداً بدِرْهَمَينِ جازَ (سم)، وأيَّ العَمَلَين عَمِلَ لَزِمَه واستَحَقَّ المُسَمَّى فيه.

(**فإن حَبَسَها فضَاعَتْ لا شَيءَ عليه**) لأنه أمانةٌ في يده (**ولا أجرَ له**)، وعندهما: هو مضمونٌ بعد الحبس كقَبْلِه، فإن ضَمِنَه معمولاً فله الأجرُ، وغيرَ معمول لا أجرَ له.

قال: (**ومَن لا أثَرَ لِعَمَلِه كالحَمَّالِ والغَسَّالِ ليسَ له ذٰلك**) لأنه ليس له عينٌ يحبسُها، والمعقودُ عليه نفسُ العمل فلا يُتصوَّرُ حبسُه، فإن حَبَسَه فهو غاصبٌ، بخلاف ردِّ الآبِقِ حيث له حبسُه على الجُعْل، وإن لم يكن لِعَمَلِه أثرٌ لأنه عُرِف نصاً، ولأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه بالردِّ فكأنه باعه.

قال: (**وإذا شُرِطَ على الصَّانِعِ العَمَلُ بِنَفْسِه ليسَ له أن يَستَعمِلَ غَيرَه**) لأن العمل يختلف باختلاف الصنَّاع جَودةً ورداءة، فكان الشرط مفيداً، فيتعيَّن كما تتعيَّن المنفعةُ في محلٍّ بعينِه، وإن أُطلِق له العملُ، فله أن يعمل بنفسه وغيره، لأن المستحَقَّ مطلقُ العمل، ويمكنه إيفاؤه بنفسِه وبغيره فافترقا.

قال: (**وإن قال: إن سَكَنْتَ هٰذا الحانُوتَ عَطَّاراً بدِرْهَمٍ، وحَدَّاداً بدِرْهَمَينِ جازَ، وأيَّ العَمَلَين عَمِلَ لَزِمَه واستَحَقَّ المُسَمَّى فيه**) وقالا: الإجارة فاسدةٌ، وعلى هٰذا الخلاف إن استأجر دابةً إلى الحِيرة بدرهمٍ

وإلى القادسيَّة بدرهمين، أو إن حمل عليها كُرَّ شعيرٍ فبدرهمٍ وكُرَّ حنطةٍ بدرهمين، لهما: أن المعقودَ عليه أحدُ الشيئين، والأجرُ أحدُ الأُجرتين، وتجب بالتخلية والتسليم وأنه مجهول، بخلاف الخياطةِ الرُّومية والفارسية، لأن الأجرة تجبُ بالعمل، وبه ترتفع الجهالةُ فافترقا، ولأبي حنيفة: أنه خيَّره بين عَقْدين مختلفين صحيحين، لأن سُكنى العطَّار تُخالِفُ سُكنى الحدَّاد حتى لا تدخلُ في مطلَق العَقد، وكذا بقيةُ المسائل، والإجارةُ تُعقَد للمنفعة، وعندهما: ترتفع الجهالة فيصحُّ كالفارسية والرُّومية، وإن وجب الأجرُ بالتسليم يجب أقلهما للتيقُّن به.

ولو قال: إن خِطْتَ هٰذا الثوب فارسياً فبدرهمٍ ورُومياً فبدرهمين جاز، وأيَّ العملين عَمِل استحَقَّ أجرتَه، وقد مرَّ وجهه، وقال زفر: الإجارة فاسدةٌ لجهالة البَدَل في الحال، وجوابُه ما مرّ.

فصل

اعلم أن الإجارة تفسُد بالشروط كما يفسُد البيع، وكلُّ جهالة تُفسِد البيع تُفسِد الإجارةَ من جهالة المعقود عليه أو الأجرةِ أو المدَّةِ لما عُرف أن الجهالة مُفضية إلى المُنازعة. والأصل قوله عليه السلام: «مَن استأجر أجيراً فليُعلِمْه أجرَه»[1]، شَرَط أن تكون الأجرةُ معلومةً

(١) سلف تخريجه ص١٢٢.

وإذا فَسَدَتِ الإجارَةُ يَجِبُ أجرُ المِثْلِ، ولا يُزَادُ على المُسَمّى. استأْجَرَ داراً كلَّ شَهرٍ بِدِرهَمٍ صَحَّ في شَهرٍ واحِدٍ، وفَسَدَ في بَقِيَّةِ الشُّهُورِ

كما شرطه في البيع؛ ولو آجَرَ الدار على أن يَعْمُرَها أو يطيِّنها أو يضَعَ فيها جِذعاً فهو فاسد لجهالةِ الأجرةِ لأن بعضَها مجهولٌ، لأنه لا يدري ما يحتاج إليه من العِمارة، ويُعرف غيرُها من الشروط المفسِدة لمن يتأملها فتقُاس عليها.

(**وإذا فَسَدَتِ الإجارَةُ يَجِبُ أجرُ المِثْلِ**) لأن التسمية إنما تجبُ بالعقود الصحيحة، أما الفاسدةُ فتجب فيها قيمةُ المعقود عليه كما في البيع، وقال عليه السلام في النكاح بغير مَهْرٍ: «فإن دَخَل بها فلها مهرُ مثلِها لا وَكْسَ ولا شَطَطَ»[1]، فدلَّ على جوب القيمة في العقد الفاسد.

(**ولا يُزَادُ على المُسَمّى**) لأن المنافع لا قيمةَ لها إلا بعقدٍ أو شُبهةِ عقدٍ ضرورةً لحاجة الناس، وقد قوّماها في العقد بما سمَّيا، فيكون ذٰلك إسقاطاً للزيادة، بخلاف البيع، لأن الأعيانَ متقوِّمةٌ بنفسها، فإذا بَطَلَ المسمَّى يصير كأنها تَلِفَت بغير عقد فتجب القيمةُ.

قال: (**استأْجَرَ داراً كلَّ شَهرٍ بِدِرهَمٍ صَحَّ في شَهرٍ واحِدٍ**) لأنه معلوم (**وفَسَدَ في بَقِيَّةِ الشُّهُورِ**) لأن «كلَّ» كلمة للعموم وأنه مجهولٌ؟

---

(١) صحيح، أخرجه من حديث ابن مسعود أبو داود (٢١١٤-٢١١٦)، والترمذي (١١٤٥)، والنسائي ٦/ ١٢١، وابن ماجه (١٨٩١)، وهو في «المسند» (٤٠٩٩) و(١٨٤٦٢)، و«صحيح ابن حبان» (٤١٠٠).

قوله: «لا وكس ولا شطط» قال ابن الأثير في «النهاية»: الوَكْس: النقص، والشطط: الجَوْر.

إلاَّ أن يُسَمِّي شُهُوراً مَعلُومَةً، فإذا تَمَّ الشَّهرُ فَلِكُلّ واحِدٍ منهما نَقْضُ الإجارَةِ، فإن سَكَنَ ساعةً منِ الشَّهرِ الثَّاني صَحَّ العَقْدُ فيه، وكذٰلك كُلُّ شَهْرٍ. ومَنِ استأْجَرَ جَمَلاً لِيَحمِلَ له مَحْمِلاً إلى مَكَّةَ جاز، وله المُعْتادُ من ذٰلك، وإن استأْجَرَه لِحَملِ الزَّادِ فأكَلَ منها فله أن يَرُدَّ عِوَضَه.

(**إلاَّ أن يُسَمِّي شُهُوراً مَعلُومَةً**) فيكون صحيحاً في الكلِّ لكونه معلوماً.

قال: (**فإذا تَمَّ الشَّهرُ**) في المسألة الأولى (**فَلِكُلّ واحِدٍ منهما نَقْضُ الإجارَةِ**) لانتهاء المدّة.

(**فإن سَكَنَ ساعةً منِ الشَّهرِ الثَّاني صَحَّ العَقْدُ فيه**) أيضاً (**وكذٰلك كُلُّ شَهْرٍ**) لتمام العقد بتراضِيهما بالسُّكنى، وقيل: يبقى الخِيار لهما في أوّل ليلةٍ في الشهر ويومها دفعاً للحَرَج عنهما، لما فيه من اللُّزوم بغير التزامهما.

قال: (**ومَنِ استأْجَرَ جَمَلاً لِيَحمِلَ له مَحْمِلاً إلى مَكَّةَ جاز، وله المُعْتادُ من ذٰلك**) والقياسُ أن لا يجوزَ لأنه مجهول. إلا أن الأصل أن ما لا نصَّ فيه يرجع فيه إلى المتعارَف، والمقصودُ الراكبُ، والمَحْمِل تَبَعٌ، والجهالة فيه ترتفع بالرجوع إلى المُعتاد، فلا تُفضي إلى المُنازعة، وإن شاهدَ الجَمَّالُ المَحمِل، فهو أولى قطعاً للمُنازعة لدِلالتِه على الرِّضا.

قال: (**وإن استأْجَرَه لِحَملِ الزَّادِ فأكَلَ منها فله أن يَرُدَّ عِوَضَه**) لأنه يستحقُّ عليه حملُ قَدْرٍ معلوم طولَ الطريق، فيردُّ عِوَضَ ما أكَلَ، وهو

معتادٌ عندَ الناس إذا نَقَصَ عليهم، وهٰكذا غيرُ الزاد إذا أكلَه يردُّ مثلَه لما بينا. ولو استأجر بَعيرَين ليحمل على أحدِهما مَحْمِلاً فيه رجلان، وما لهما من الوِطَاءِ[1] والدِّثَارِ[2] ولم يعاين المُكاري ذٰلك، وعلى الآخر زاملةٌ فيه قَدْرٌ من الزاد وما يحتاج إليه من الخَلِّ والزيتِ ونحوهما، وما يكفيه من الماء، ولم يبيِّن قَدْرَه، وما يصلح من القِرْبة وخَيطِها والمِيْضَأةِ والمِطْهرة[3] ولم يبيِّن وزنَه، أو شَرَط أن يحمل هدايا من مكةَ ما يحملُه الناس، فهو جائز استحساناً، لأن ذٰلك معلوم عُرْفاً، والمعلوم عرفاً كالمشروط، ويحمل قِرْبتين من ماء، وإداوتين من أعظَمِ ما يكون، وكذٰلك إذا اكترَى عَقَبةً للتعارف، وكذٰلك إذا استأجر دابةً ليتعاقبا في الركوب ينزل أحدُهما ويركب الآخر، وإن لم يبيِّن مقدار ما يركب كلُّ واحد منهما لجريان التعارف بذٰلك.

قال: (**ويجُوزُ استِئجارُ الظِّئْرِ**[4] **بأُجرَةٍ مَعلُومَةٍ**) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ولأن التعامل بذٰلك جائز بين الناس.

---

(١) الوطاء: عكس الغِطاء.

(٢) الدثار: كل ما كان من الثياب فوق الشعار، وقد تدثر، أي: تلفف في الدثار.

(٣) المِيضأة والمطهرة: هي التي يُتوضأ منها أو فيها.

(٤) الظِّئر: العاطفة على غير ولدها، المرضعة له.

ويجُوزُ بِطَعامِها وكِسوَتِها (سم)، ولا يُمنَعُ زوجُها من وَطْئِها،

قال: (**ويجُوزُ بِطَعامِها وكِسوَتِها**) وقالا: لا يجوز، وهو القياس للجهالة، فإن طعامها وكسوتَها مجهول، حتى لو شَرَط قدراً من الطعام كلَّ يوم، وكِسوةَ ثوبٍ موصوفِ الجنسِ والطولِ والعَرْض كلَّ ستةِ أشهرٍ جاز بالإجماع. ولأبي حنيفة: أن هٰذه الجهالةَ لا تُفضي إلى المنازعة، لأن العادة جرت بالتوسِعَة على الأظآر وعدمِ المُماكسة معَهُنَّ، وإعطائِهِنَّ شهواتِهِنَّ شَفَقةً على الأولاد، ويجب عليها القيامُ بأمر الصبيِّ مما يُصلحه من رَضاعهِ وغسلِ ثيابِه وإصلاحِ طعامِه وما يُداوَى به، لأن هٰذه الأعمال مشروطةٌ عليها عُرفاً، ولو أرضعته جاريتُها أو استأجرت من أرضعَته، فلها الأجر لأنها بمنزلة الأجير المشترك لأن المعقودَ عليه العملُ، ولو شَرَطَ أن ترضعه بنفسها فأرضعته جاريتُها، فلا أجرَ لها للمخالفة فيما فيه تفاوتٌ، وقيل: لها الأجرُ لأن المقصودَ من الإرضاع حياةُ الصبيِّ وهما سواءٌ فيه، وما بينهما من التفاوت يسيرٌ لا يعتبر. ولو أرضعته بلبنِ غنمٍ أو بقرٍ فلا أجرَ لها، لأنه إيجارٌ وليس بإرضاع.

قال: (**ولا يُمنَعُ زوجُها من وَطْئِها**) لأن حقه ثابتٌ بالنكاح قبلَ الإجارةِ وهو قائم بعدَها، ولهم منعُه من غشيانها في منزلهم مخافةَ الحَبَل، ولأنه ليس له ولايةُ الدخول إلى مِلْكِ الغير بغير أمرِه، فإن حَبِلَت، فلهم فسخُ الإجارة. وكذٰلك إن كان الصبيُّ لا يرضع لبنها، أو يقذِفُه أو يتقايأه، أو تكون سارقةً أو فاجرةً، أو يريدون السفرَ، لأن كلَّ ذلك أعذارٌ، ولأن الصبيَّ يستضرُّ بلبنها، وكذٰلك إذا مرِضَت، وكذا لو

ولا تَجُوزُ الإجارَةُ على الطَّاعاتِ كالحَجّ والأذَانِ والإمامَةِ وتَعلِيمِ القُرآنِ والفِقْهِ، وبَعضُ أصحابِنا المُتأخِّرِين قال: يَجُوزُ على التَّعلِيمِ والإمامَةِ في زمانِنا، وعليه الفتوى، ....

مات الصبيُّ أو الظِّئْرُ انتقضت الإجارةُ، ولِزوجها نقضُ الإجارة إذا لم يرضَ صيانةً لِحقِّهِ.

قال: (**ولا تَجُوزُ الإجارَةُ على الطَّاعاتِ كالحَجّ والأذَانِ والإمامَةِ وتَعلِيمِ القُرآنِ والفِقْهِ**) لما روي عن عثمان بن أبي العاص أنه قال: آخرُ ما عهد إليَّ رسول الله ﷺ أن لا آخذَ مؤذِّناً يأخذ على الأذان أجراً[1].

ولأن القُربة تقع من العامل، قال الله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩]، فلا يجوز له أخذُ الأجرةِ من غيره كالصَّوم والصلاةِ، وكذا لا يجوزُ على تعليم الصنائع، لأن التعليم لا يقومُ بالمعلِّم، بل به وبالمتعلِّم، وهو ذكاؤُه وفِطنتُه فلا يكون مقدوراً له، أو نقول: هما شريكان، فلا تصحُّ الإجارة من أحدِهما.

(**وبَعضُ أصحابِنا المُتأخِّرِين قال: يَجُوزُ على التَّعلِيمِ والإمامَةِ في زمانِنا، وعليه الفتوى**)[2] لحاجةِ الناس إليه، وظهورِ التَّواني في الأمور

---

(١) صحيح، أخرجه أبو داود (٥٣١)، وابن ماجه (٧١٤)، والترمذي (٢٠٩)، والنسائي ٢/ ٢٣، وهو في «المسند» (١٦٢٧٠).

(٢) أي: في جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والإمامة للضرورة، أما أخذ الأجرة على قراءة القرآن للميت، فلا يجوز، لما روى أحمد في «مسنده» (١٥٥٢٩) من حديث عبد الرحمٰن بن شبل سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «اقرؤوا القُرآن ولا تَغلُوا فيه، ولا تَجفُوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به» وإسناده=

الدِّينية، وكَسَلِ الناس في الاحتساب، فلو امتنع الجوازُ يضيع حفظُ القرآن. ولو استأجر مُصحفاً أو كتاباً ليقرأ منه فقرأ، لم يَجُزْ ولا أجرَ له، لأن القراءة والنظرَ منفعةٌ تحدُث من القارىء لا من الكتاب، فصار كما لو استأجرَ شيئاً لينظرَ إليه لا يجوز.

قال: (**ولا تَجُوزُ على المعاصِي كالغِناءِ والنَّوْحِ ونَحوِهِما**) لأنها لا تُستحَقُّ بالعقد فلا تجوز.

= قوي، وقال العلامة العيني في «البناية» ١٠/ ٢٧٩ في تفسير قوله ﷺ: «ولا تأكلوا به» أي: بالقرآن مثل أن يستأجر رجلاً يقرأ على رأس قبر، قيل: هٰذه القراءة لا يُستحق بها الثواب لا للميت ولا للقارئ. قاله تاج الشريعة.

وقال العيني في «شرح الهداية»: ويمنع القارئ للدنيا والآخذ والمعطي آثمان.

وفي حاشية العلامة ابن عابدين ٩/ ٧٨ ما نصه: ونقل العلامة الخلوتي في «حاشية المنتهى» الحنبلي، عن شيخ الإسلام تقي الدين ما نصه: ولا يصح الاستئجار على القراءة وإهدائها إلى الميت، لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الإذن في ذٰلك، وقد قال العلماء: إن القارئ إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له، فأي شيء يهديه إلى الميت؟ وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح، والاستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة، وإنما تنازعوا في الاستئجار على التعليم.

وانظر لزاماً رسالة المحقق ابن عابدين صاحب الحاشية «شفاء العليل وبَلّ الغليل في حكم الوصية بالختمات والتهاليل» المدرجة في مجموعة رسائله، والتي انتهى فيها إلى بطلان الاستئجار على قراءة القرآن ونحوها من الطاعات مما ليس فيه ضرورة، وبطلان الوصية به.

ولا على عَسْبِ التَّيْسِ، وتَجُوزُ أُجرَةُ الحَجَّامِ والحَمَّامِ. ومن استأْجَرَ دابَّةً لِيَحمِلَ عليها طعاماً بِقَفِيزٍ منه فهو فاسدٌ، . . . .

قال: (**ولا على عَسْبِ التَّيْسِ**) لنهيه عليه السلام عن ذلك[1]، وهو أن يستأجر التَّيسَ لِيَنْزُوَ على غنمه، ويدخلُ فيه كلُّ فحلٍ كالحصان والحمار وغيرهما، أما النَّزْوُ بغير أجرٍ لا بأس به، وأخذُ الأجر عليه حرام.

قال: (**وتَجُوزُ أُجرَةُ الحَجَّامِ**) فقد صحَّ أنه عليه السلام احتجم وأعطَى الحَجَّام أجره[2]. والنهيُ الوارد فيه للإشفاق، لما فيه من الدَّناءَةِ، وبإجماع المسلمين.

قال: (**والحَمَّام**) للتعامل، ولا اعتبارَ للجهالة مع اصطلاح المسلمين.

قال: (**ومَن استأْجَرَ دابَّةً لِيَحمِلَ عليها طعاماً بِقَفِيزٍ منه فهو فاسدٌ**) لأنه جعل الأجر بعضَ ما يخرجُ من عملِه، فصار كقَفِيز الطحَّان، وقد

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٧٠٩) من طريق شعيب الكيساني، عن أبيه، عن أبي يوسف، عن عطاء بن السائب، عن ابن أبي نعيم، عن بعض أصحاب النبي ﷺ. وإسناده ضعيف.

وأخرجه البخاري (٢٢٨٤)، وهو في «المسند» (٤٦٣٠)، من حديث ابن عمر ولفظه: نهى النبي ﷺ عن كسب الفحل. وانظر تتمة أحاديث الباب في «المسند».

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٢١٠٣)، ومسلم ٣/ ص١٢٠٥ (١٢٠٢) (٦٥) بعد الحديث (١٥٧٧)، و(١٢٠٢) (٧٦) بعد الحديث (٢٢٠٨)، وهو في «المسند» (٢١٥٥) و(٢٢٤٩).

نهى النبيُّ ﷺ عن قَفيز الطحّان[1]، وهو أن يستأجر ثوراً أو رَحَىً لِيَطحَنَ له حِنطةً بقفيزٍ منها. ويُبتنى على هٰذا مسائلُ كثيرةٌ تُعرف بالتأمل، منها: إذا دَفَع إلى حائك غَزْلاً لِيَنْسِجَه بالنصف، والمعنى فيه أن المستأجِر عَجَزَ عن الأجرة وهو بعضُ المنسوج والمطحون، لأن ذٰلك إنما يحصُل بفِعل الأجر، فلا يكون قادراً بقُدرة غيرِه.

قال: (ولو قال: **أمَرتُكَ أن تَخِيطَه قَبَاءً، وقال الخَيَّاطُ: قَمِيصاً، فالقولُ لِرَبِّ الثَّوبِ**) وكذا إذا اختلفا في صَبْغ الثوب أصفر أو أحمر، أو بزَعفران أو بعُصْفر، ووجهُه أن الخياط والصبَّاغ أقرَّ بسبب الضمان، وهو التصرُّف في ملك الغير، ثم ادَّعى ما يبرِّئه وصاحبه يُنكِر، ولأن

(١) أخرجه من حديث أبي سعيد الخدريِّ الطحاويُّ في «شرح مشكل الآثار» (٧١١)، وأبو يعلى (١٠٢٤)، والدارقطني (٢٩٨٥)، والبيهقي ٥/ ٣٣٩. ولفظه: نُهي عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان. وإسناده ضعيف. هشام أبو كليب ـ أحد رواته ـ لم يرو عنه غير الثوري، ولم يوثقه غير ابن حبان، وقال الحافظ في «التلخيص»: لا يُعرف، قاله ابن القطان والذهبي، وزاد ـ يعني الذهبي ـ: وحديثه منكر.

قوله: «قفيز الطحان»، جاء في «المغني» ٧/ ١١٨ لابن قدامة المقدسي: قال ابن عقيل: نهى رسولُ الله ﷺ عن قفيز الطحان، وهو أن يُعطي الطَّحانَ أقفزةً معلومةً يطحنها بقفيزِ دقيقٍ منها، وعلةُ المنع أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله، فيصير الطحن مستحقاً له عليه. وهٰذا الحديث لا نعرفه، ولا يثبت عندنا صحته، وقياس قول أحمد جوازه، لما ذكرناه عنه من المسائل.

ويُحَلَّفُ، فإذا حَلَفَ فالخَيَّاطُ ضَامِنٌ. ولو قال: خِطْتَهُ بغَيرِ أَجْرٍ، وقال الصَّانِعُ: بأَجْرٍ، فإن كانَ قَبلَ العَمَلِ يَتحالَفانِ ويُبْدَأُ بيَمِينِ المُستَأْجِرِ، وإن كانَ بعدَ العَملِ فالقولُ لِصاحِبِ الثَّوبِ، . . . .

الإذن يُستفادُ من جهة[1] ربّ الثوب، فيكون القول قولَه لأنه أخبر بذلك.

(**ويُحَلَّفُ**) لأنه لو أقرّ لزِمَه فيحلف لاحتمال النُّكول.

(**فإذا حَلَفَ فالخَيَّاطُ ضَامِنٌ**) ومعناه: إن شاء ضمَّنه الثوب، وإن شاء أخذه وأعطاه أجرَ مثلِه، أو ما زاد الصَّبغُ في رواية.

(**ولو قال: خِطْتَهُ بغَيرِ أَجْرٍ، وقال الصَّانِعُ: بأَجْرٍ، فإن كانَ قَبلَ العَمَلِ يَتحالَفانِ، ويُبْدَأُ بيَمِينِ المُستَأْجِرِ**) لأن كل واحد منهما يدَّعي عقداً، والآخرُ ينكره، لأن أحدهما يدّعي هبةَ العمل، والآخر يدّعي بيعَه.

(**وإن كانَ بعدَ العَملِ فالقولُ لِصاحِبِ الثَّوبِ**) لأنه منكِرٌ، لأنه لا قيمةَ للعمل بدون العقد، وهٰذا قول أبي حنيفة. وذكر أبو الليث عنه في «العيون»[2]: إن كانت الخياطة[3] حرفتَه، فله أجرُ مثلِه عملاً بالعُرف، وإلا فلا أجرَ له ويكون متبرّعاً لما بينا، وقال أبو يوسف: لا أجرَ له إلا أن يكون مُعاملَه فيكون له الأجرُ جرياً على عادتهما، وقال محمد: إن

---

(١) لفظة: «جهة»، ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) أي: «عيون المسائل» لأبي الليث السمرقندي.

(٣) في (س): الخياط، والمثبت من (م).

وإذا خَرِبَتَ الدَّارُ أو انقطَعَ شِرْبُ الضَّيْعَةِ أو ماءُ الرَّحَى انفَسَخَ العَقْدُ، . . . .

اتخذ حانوتاً وانتصب لعمل هٰذه الصناعة فله الأجرةُ وإلا فلا، وعليه الفتوى، لأنه دليلٌ على العمل بالأجرة عرفاً، والمعروف كالمشروط. قال محمد: لو أمره أن ينقُشَ اسمه على فَصِّه فنقَشَ اسم غيره ضمَّنه، لأنه فوّت غَرَضَه وهو الختمُ فصار كاستهلاكٍ. ولو استأجره ليحفِرَ له بئراً بأجرٍ مسمًّى، وسمَّى طولَها وعرضَها، جاز. وفي القبور يجوز وإن لم يبيِّن ذٰلك لأنه معلوم عرفاً، فإن وجد باطن الأرض أشدَّ فليس بعذرٍ، وإن تعذّر الحفرُ فهو عذرٌ ولا يستحقُّ الأجر حتى يَفرُغَ، لأنه عملٌ واحد لا يُنتَفَع به قبل التمام.

قال: (وإذا خَرِبَتَ الدَّارُ، أو انقَطَعَ شِرْبُ الضَّيْعَةِ أو ماءُ الرَّحَى، انفَسَخَ العَقْدُ) لفوات المعقود عليه، وهي المنفعةُ قبلَ القبض لما بينا أنها تحدُثُ شيئاً فشيئاً، وصار كموت العبدِ المستأجَرِ، وقيل: لا ينفسخُ لٰكن له الفسخ، قالوا: وهو الأصحُّ فإنه روي عن محمد نصاً: لو انهدَمَ البيتُ المستأجَر فبناه الآجرُ ليس للمستأجِر أن يمتنع، وذٰلك لأن أصل المعقود عليه لا يفوت، لأن الانتفاع بالعَرْصَة ممكنٌ بدون البناء، إلا أنه ناقصٌ فصار كالعَيب فيستحقّ الفسخَ، ولو وَجَد بها عيباً يُخِلُّ بالمنافع كمرض العبد والدَّابةِ ونَدِّها وانهدامِ بعض البناء فله الخِيار، إن شاء استوفى المنفعةَ مع العيب، ويلزمه جميع البَدَل لأنه رضي بالعيب، وإن شاء فَسَخَ لأنه وجدَ العيبَ قبل القبض، لأن المنفعة توجَدُ شيئاً فشيئاً فكان له فسخُه، فإن زال العيب أو أزاله المؤجِّرُ فلا خيارَ له.

ولو ماتَ أحدُهُما وقد عَقَدَها لِنَفْسِه انفَسَخَتْ، وإن عَقَدَها لِغَيرِه لم تَنْفَسِخ.

فصل

وتُفْسَخُ الإجارَةُ بالعُذْرِ، كمَنِ استأْجَرَ حانُوتاً لِيَتَّجِرَ فيه فأفلَسَ، أو آجَرَ شَيئاً، ثُمَّ لَزِمَه دَيْنٌ ولا مالَ له سِواهُ، . . . .

(ولو ماتَ أحدُهُما وقد عَقَدَها لِنَفْسِه انفَسَخَتْ) لما مرّ أنها تنعقدُ شيئاً فشيئاً، فلا تبقى بدون العاقد.

(وإن عَقَدَها لِغَيرِه لم تَنْفَسِخ) كالوصيِّ والوليِّ وقَيِّمِ الوقفِ والوكيلِ، لأنه نائبٌ عنهم فكأنه مُعبِّر.

فصل

(وتُفْسَخُ الإجارَةُ بالعُذْرِ) والأصل فيه أنه متى تحقَّق عجزُ العاقد عن المُضِيِّ في موجَب العقد إلا بضررٍ يلحقُه، وهو لم يرضَ به، يكون عذراً تُفسَخ به الإجارةُ دفعاً للضرر. وهل يُشترط للفسخ قضاءُ القاضي؟ ذكر في الزيادات: إن كان عذراً فيه شبهةٌ كالدَّين يُشترط له القضاء، وإن كان واضحاً لا. وذكر في «المبسوط» و«الجامع الصغير» أنه ليس بشرطٍ، وينفرد العاقدُ به، وهو الصحيح، لأنه في معنى العَيب قبلَ القبض على ما بيناه، وذٰلك كمن استأجرَ إنساناً ليَقْلَع ضِرْسَه فسَكَن وَجَعُه، أو ليقطع يدَه لأكلةٍ فسقطت الآكلةُ فإنه تُفسخ الإجارةُ، وهٰذا حجةٌ على من يقول: إنها لا تُفسَخ بالعذر.

و(كمَنِ استأْجَرَ حانُوتاً لِيَتَّجِرَ فيه فأفلَسَ، أو آجَرَ شَيئاً، ثُمَّ لَزِمَه دَيْنٌ ولا مالَ له سِواهُ) فإن القاضي يفسخُها ويبيعُه في الدَّين، لأن على

وكذلكَ إن استأْجَرَ دابَّةً لِلسَّفَرِ فبَدَا له، تُفْسَخُ الإجارَةُ، وإن بَدَا لِلمُكارِي فليسَ بِعُذْرٍ.

تقدير عدم الفسخ يلزمُه ضررٌ لم يلتزمه بالعقد، وهو حبسُه على الدَّين والإجارة على تقدير الإفلاس فيفسخُ دفعاً للضرر.

(**وكذلكَ إن استأْجَرَ دابَّةً لِلسَّفَرِ فبَدَا له**[1]**، تُفْسَخُ الإجارَةُ**) لأنه يلزمه الضررُ بالمُضيِّ على العقد، لأنه ربما أراد التجارةَ فأفلس، أو لطلبِ غريمٍ فحضر.

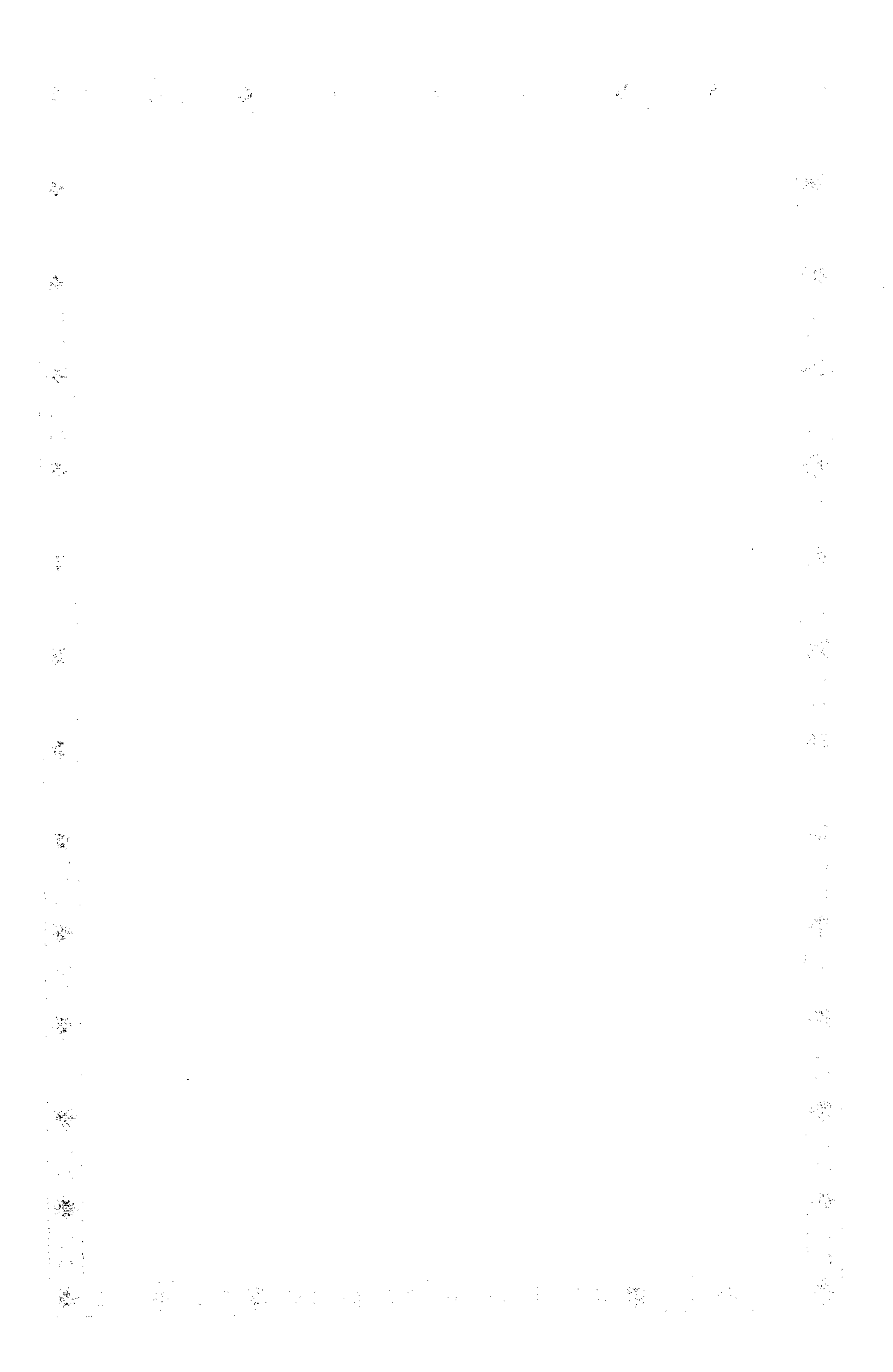
(**وإن بَدَا لِلمُكارِي فليسَ بِعُذْرٍ**) لأنه يمكنُه إنفاذُ الدوابّ مع أجيره فلا يتضرّر. وعن الكرخي: إن مَرِضَ المُكاري فهو عذرٌ، لأنه لا يخلو عن نوع ضررٍ فيُعذَر حالةَ الاضطرار لاحالةَ الاختيار.

قال: وعلى ربّ الدار عمارتُها وإصلاحُ مَيازِيبِها وبئرِ الماء وتنظيفِ البالوعة المُمتلئة من أفعال المستأجِر، وكلِّ ما يكون مضراً بالسكنى، فإن لم يفعل فللمستأجِر أن يخرج. وإن رأى هٰذه العيوب وقتَ الإجارةِ، فلا خيارَ له، لأنه رضي بالعيب، وعلى المستأجِر رميُ التراب والرمادِ المجتمِع في الدار من كَنْسِه، لأنه ليس من باب السكنى. وكَرْيُ نهرِ رحا الماء على الآجِر إلا أن يكون شَرَطه على المستأجرُ.

❑ ❑ ❑

---

(١) قوله: «بدا له» أي: تغير رأيه عما كان عليه.



كتاب الرهن

....

كتاب الرهن

وهو في اللغة: مطلق الحَبْس، قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨].

وفي الشرع: الحبَسْ بمال مخصوصٍ بصفةٍ مخصوصةٍ، شُرِع وثيقةً للاستيفاء لِيَضْجَرَ الراهنُ بحبس عينِه فيسارع إلى إيفاء الدّين ليفتَكَّها فينتفع بها ويصل المرتهنُ إلى حقِّه.

ثبت شرعيتُه بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَرُهُنٌ[١] مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وأنه أمرٌ بصيغة الإخبار نقلاً عن المفسِّرين، معناه: وإن كنتم مسافرين ولم تجدوا كاتباً فارتهِنوا رُهُناً مقبوضةً وثيقةً بأموالكم. والسنة: ما روي أنه عليه السلام رَهَن دِرْعَه عند أبي الشَّحم اليهودي بالمدينة[٢]. وبُعث ﷺ والناسُ يتعاملونه فأقرَّهم عليه. وعليه الإجماع.

---

(١) كذا في الأصلين «فَرُهُنٌ» برفع الراء والهاء، وهي قراءة ابن كثير وأبي عمرو. وفي نسخة بهامشِ (س) «فرِهانٌ»، وهي قراءة الباقين.

(٢) أخرجه هكذا بتسمية اليهودي الشافعي في «مسنده» ٢/ ١٦٣ و١٦٤، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٣٧، وفي «المعرفة» (١١٧٠٣) من طريق جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله ﷺ. فذكره وإسناده ضعيف لانقطاعه. =

وهو عَقْدُ وَثِيقَةٍ بمالٍ مَضْمُون بِنَفسِه يُمكِنُ استِيفاؤهُ منه ولا يَتِمُّ إلاَّ بالقَبْضِ أو بالتَّخْلِيَةِ وقَبْلَ ذٰلك إن شاء سَلَّمَ وإن شاءَ لا، . . . .

قال: (**وهو عَقْدُ وَثِيقَةٍ**) لا بدَّ فيه من الإيجاب والقَبول كسائر العقود.

قال: (**بمالٍ مَضْمُون بِنَفسِه**) أي: بمثله (**يُمكِنُ استِيفاؤهُ منه**) على ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

قال: (**ولا يَتِمُّ إلاَّ بالقَبْضِ**) قال الله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ وصَفَها بكونها مقبوضةً، فلا تكون إلا بهٰذه الصفة، ولأنه عقدُ تبرُّعٍ، ألا ترى أنه لا يُجبَر عليه، فيكون تمامه بالقبض كالهبة.

(**أو بالتَّخْلِيَةِ**) لقيامها مقامَه كما في البيع والهبة.

(**وقَبْلَ ذٰلك إن شاء سَلَّمَ وإن شاءَ لا**) لما بينا أنه تبرُّعٌ.

ثم الرهنُ لا يخلو إما إن كان بدَين وهو المِثْليُّ، أو بعينٍ وهو غيرُ المِثْليِّ، فإن كان بدَين جاز على كلِّ حالٍ بأيِّ وجهٍ ثبت، سواءٌ كان من الأثمان أو من غيرها، وإن كان بعينٍ فالأعيان على وجهين: مضمونة، وغير مضمونة، فالمضمونةُ على وجهين: مضمونة بنفسها، ومضمونة بغيرها، فالمضمونُ بنفسه: ما يجبُ عند هلاكه مثلُه أو قيمتُه كالمغصوب والمَهْر وبَدَلِ الخُلْعِ والصُّلحِ عن دم العَمْد، فيجوز الرهن

= وأخرجه دون تسمية اليهودي من حديث عائشة البخاري (٢٠٦٨)، ومسلم (١٦٠٣)، وهو في «المسند» (٢٤١٤٦)، و«صحيح ابن حبان» (٥٩٣٨).
وانظر حديث أنس في «المسند» (١١٩٩٣). وانظر أحاديث الباب فيه.

. . . .

بها لأنها مضمونة ضماناً صحيحاً يمكن استيفاءُ الدَّين منه، والمضمونة بغيرها كالمَبيع في يدِ البائع فلا يجوزُ الرهنُ بها، لأنه لا يجب بهلاكه حتى يستوفيَ من الرهن، لأنه إذا هَلَك المبيعُ يبطُل البيع ويسقط الثمنُ فصار كما ليس بمضمون.

والأعيان غير[1] المضمونة: وهي الأمانات كالوديعة والعاريَّةِ ومالِ المضاربة والشركة والمستأجَرِ ونحوِها لا يجوز الرهنُ بها، لأن الرهن مقتضاه الضمان على ما نبينه، وما ليس بمضمونٍ لا يوجد فيه معنى الرهن، وقوله في «المختصر»: يمكن استيفاؤها منه، احترازاً عن هٰذا، ولا يجوز بالشفعة ولا بالدَّرَك ولا بدَين سيجبُ، لأنه وثيقةٌ بمعدوم، ولا بالقِصاص في النفس وما دونها، لعدم التمكن من الاستيفاء، ويجوز بجنايةِ الخطأ ويكون رهناً بالأَرْش لأنه يمكن استيفاؤه، ولا يجوز بالكفالة بالنفس لتعذُّر الاستيفاء، ولا بأجرةِ النائحةِ والمغنِّية لأنه غير مضمون.

ويجوز شرط الخِيار للراهن لأنه لا يملك الفسخَ فيفيد الشرط، ولا يجوز للمرتهِن لأن يملك الفسخَ بغير شرطٍ فلا يفيد.

---

(١) في الأصلين: الغير، وهو خطأ شائع لأن غيراً من الألفاظ الملازمة للإضافة لفظاً أو تقديراً، فإدخال الألف واللام عليها خطأ. نبه على ذٰلك السمين في «الدر المصون» ١/ ٧٢.

. . . .

ولا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه كالحُرِّ والمدبَّر وأُمِّ الولد والمكاتَب والمَيتةِ والدَّمِ، لأنه لا يمكن الاستيفاء منها، فلا يحصل التوثُّق، وكذا جذعٌ في سقفٍ وذراعٌ من ثوبٍ وأشباهُه لما مرّ.

ولا يجوز للمسلم رهنُ الخمرِ والخنزير، ويجوز للذميّ، لأن الرهنَ والارتهانَ للوفاء والاستيفاء، ولا يجوز للمسلم ذٰلك من الخَمر ويجوزُ للذميِّ.

ثم الرهنُ على ثلاثة أضرب: جائزٍ، وباطلٍ ـ وقد ذكرناهما ـ، وفاسدٍ وهو: رهن المَبيع ورهنُ المَشَاع والمشغولُ بحقِّ الغير، أو اشترى عبداً أو خَلاًّ ورَهَنَ بالثمن رهناً ثم ظهر العبدُ حرّاً والخلُّ خمراً، أو قتل عبداً فأعطاه بقيمتِه رهناً ثم ظهر حرّاً . قال القُدُوري في «شرحه»: يهلك بغير شيءٍ، لأن المبيع غيرُ مضمون بنفسِه، والقبض لم يتمَّ في المَشاع والمشغول، ولم يصحَّ في الحُرّ والخمر كما لو رهنه ابتداءً. ونصَّ محمدٌ رحمه الله في «المبسوط» و«الجامع» أن المقبوضَ بحُكم رهنٍ فاسدٍ مضمونٌ بالأقلِّ من قيمتِه ومن الدَّين، لأن الرهن انعقد بمقابلةِ المال بالمال حقيقةً في البعض، وفي البعض في ظنهما، لٰكنه فسَدَ لنقصانٍ فيه، لأنه لا يمكن استيفاؤه من الرهن فيكونُ مضموناً بالأقلِّ منهما، كالمقبوض في البيع الفاسد مضمونٌ بقيمتِه فكذا هٰذا، إلا أنه يضمن الأقلَّ منهما هنا، أما إذا كانت القيمةُ أقلَّ فظاهر، وأما إذا كان الدَّينُ فلأنه إنما قبضَه ليكون مضموناً بالدَّين، والمختارُ قولُ محمد.

ولا يَصِحُّ إلاَّ مَحُوزاً مُفْرَغاً مُتَمَيِّزاً، فإذا قَبَضَه المُرتَهِنُ دَخَلَ في ضَمانِه،

قال: (**ولا يَصِحُّ إلاَّ مَحُوزاً مُفْرَغاً مُتَمَيِّزاً**) فالمَحُوز: المعلوم الذي يمكن حيازتُه، والمُفْرَغ[1]: الذي لا يكون مشغولاً بحقّ الغير، والمتميِّز: المقسوم الذي قد تميَّز عن بقية الأنصِباء، لأن قبضَ الجزء الشائعِ لا يُتصور بانفراده، وقبض الكلِّ لا يقتضيه العقدُ، وكذا كونه مشغولاً بحقّ الغير يُخلُّ بقبضِه وحبسِه، وكذا المجهول لا يمكن قبضُه، ومقصود الرهن وهو الاستيثاق لا يحصُلُ إلا بالحبس الدّائم، والحبسُ لا يُتصوّر بدون القبض، والقبضُ لا يمكنُ بدون هٰذه الأوصاف، فلا يصحُّ الرهن بدونها.

قال: (**فإذا قَبَضَه المُرتَهِنُ دَخَلَ في ضَمانِه**) لما روي أن رجلاً رهن فرساً له بدَين فنَفَقَ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه السلام للمرتَهِن: «ذهب حقُّك»[2]، وقال عليه السلام: «إذا عُمِّيَ الرَّهْنُ، فهو بما فيه»[3] قالوا: معناه ـ والله أعلم ـ إذا هلك فاشتبهت قيمتُه. وقد

---

(١) في (س): المتفرغ، والمثبت من (م).

(٢) أخرجه مرسلاً أبو داود في «المراسيل» (١٨٨)، وابن أبي شيبة ٧/ ١٨٣، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٠٢، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٤١ من طريق مصعب بن ثابت عن عطاء يحدث أن رجلاً... فذكره. ومصعب بن ثابت ـ وهو ابن عبد الله بن الزبير ـ ضعيف.

(٣) أخرجه مسنداً الدارقطني (٢٩١٦) من طريق هشام بن زياد، عن حميد، عن أنس عن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»، قال الدارقطني: لا يثبت هٰذا عن حميد وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء. =

. . . .

نقل أصحابُنا إجماعَ الصحابة على أنه مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان، ولأنه لما مَلَكَ حبْسَه صار مستوفياً حقَّه من وجهٍ لأنه للاستيفاء ليتوصل به إلى حقِّه مخافةَ الجُحُود، وقد تأكد هٰذا الاستيفاء بالهلاك،

= وأخرجه الدارقطني (٢٩١٨) من طريق آخر عن أنس، وفيه إسماعيل بن أبي أمية قال الدارقطني: وإسماعيل هٰذا يضع الحديث.

وأخرج أبو داود في «المراسيل» (١٩٠) عن علي بن سهل الرملي، حدثنا الوليد، حدثنا أبو عمرو، عن عطاء أن رجلاً رهن فرساً، فنفق الفرسُ، فقال النبي ﷺ: «الرهن بما فيه». وصحح هٰذا المرسل ابن القطان في «الوهم والإيهام» ٣/ ٥٢٨.

وأخرج أبو داود في «مراسيله» (١٩١): حدثنا هناد بن السَّري، عن ابن أبي الزناد، عن أبيه: أن ناساً يُوهِمُون في قول رسول الله ﷺ: «الرهن بما فيه» ولكن إنما قال ذٰلك فيما أخبرنا الثقة من الفقهاء، أن رسول الله ﷺ قال: «الرهن بما فيه» إذا هَلك وعميت قيمته، يقال حينئذ للذي رهنه: زعمتَ أن قيمَته مئةُ دينار، واستلمتَه بعشرين ديناراً ورضيت بالرهن، ويقال للآخر: زعمتَ أن ثمنَه عشرةُ دنانير، فقد رضيتَ به عوضاً مِن عشرين ديناراً. ورجاله ثقات غير ابن أبي الزناد ـ وهو عبد الرحمٰن ـ فإنه صدوق حسن الحديث، وأبوه هو عبد الله بن ذكوان المدني.

وأخرج الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٠٢ من طريق عبد الرحمٰن ابن أبي الزناد، عن أبيه قال: كان من أدركت من فقهائنا الذين يُنتمى إلى قولهم، منهم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وأبو بكر بن عبد الرحمٰن، وخارجة بن زيد، وعبيد الله بن عبد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه وصلاح وفضل، فذكر جميع ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هٰذه الصفة أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمتُه، ويرفع ذٰلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ.

. . . .

فلو وفَّاه ثانياً يؤدِّي إلى الربا، فلا يمكنه المطالبة بحقِّه إلا أن ينقُضَ القبضَ والحبسَ ويردَّه إلى الراهن، وأنه عاجزٌ عنه ففات شرطُ المطالبة فبَطَلَت. ومَن ادعى أنه أمانة فقد خالف الإجماعَ، وتعلُّقه بقوله عليه السلام: «لا يَغْلَقُ الرهنُ، هو لصاحبه، له غُنْمُه وعليه غُرْمُه»[1] لا حجةَ له فيه، لأن معناه: لا يصيرُ الرهنُ للمرتَهِن بدَينه، ولا يحبسُه بحيث لا ينفَكُّ، هٰذا معناه، ويشهد له بيت زهير[2]:

وَفَـارَقَتْـكَ بِـرَهْـنٍ لا فِكَـاكَ لَـه ... يومَ الوداعِ فأمسى الرَّهْنُ قد غَلِقَا

أي: محبوساً لافَكاك له، وكذا كانت عادتُهم في الجاهلية، فقال عليه السلام ذٰلك قلعاً لهم عن العوائِدِ الجاهلية، لما فيه من تملُّك مال الغير بغير أمره. وقولُه: «له غُنْمُه وعليه غُرْمُه» أي: إذا بِيع ففَضَل من

---

(1) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» (٥٩٣٤) من طريق إسحاق ابن الطباع، عن ابن عيينة، عن زياد بن سعيد، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ فذكره. ورجاله ثقات رجال الشيخين غير إسحاق ـ وهو ابن عيسى بن نجيح البغدادي ابن الطباع ـ فمن رجال مسلم، ورواه جماعة من الحفاظ مرسلاً، وأما ابن عبد البر، فقد صحح اتصاله، وكذٰلك عبد الحق، وهو الصحيح عند أبي داود، والبزار، والدارقطني، وابن القطان.

وقوله: «لا يغلق الرهن» أي: لا يستحقه المرتهِنُ بالدينِ الذي هو مرهون به، يقال: غَلِقَ الرهن يَغْلَق غلوقاً: إذا بقي في يد المرتهن، لا يقدر راهنه على تخليصه، وكان مِن أفاعيل الجاهلية أن الراهن إذا لم يؤد ما عليه في الوقت المشروط، ملك المرتهِنُ الرهنَ، فأبطل الشارع ذٰلك تصريحاً.

(2) هو في ديوانه ص٣٣، و«اللسان»: غلق.

ويهْلِكُ على مِلْكِ الرَّاهِنِ حتَّى يُكفِّنَه، ويَصِيرُ المُرتَهِنُ مُستَوفِياً من ماليَّتِهِ قَدرَ دَينِه حكْماً، والفاضِلُ أمانَةٌ، وإن كانَ أقلَّ سَقَطَ من الدَّينِ بِقَدْرِه،

الثمن شيء فهو له، وإن نقص فعليه، أو له غُنْمه لسقوط الدَّين عنه بهلاكه، وعليه غُرْمه وهو قضاء ما بقي من الدَّين إن لم يفِ به، وعن عليٍّ رضي الله عنه في مثله قال: يترادّان الفضلَ[1].

قال: **(ويهْلِكُ على مِلْكِ الرَّاهِنِ حتَّى يُكفِّنَه)** لأنه مَلَكه حقيقةً، وهو أمانةٌ في يد المُرتهِن، حتى لو اشتراه لا ينوبُ قبضُ الرهن عن قبضِ الشراء، لأنه قبضُ أمانةٍ فلا ينوب عن قبض الضمان، وإذا كان ملكِه فمات كان عليه كفنُه.

قال: **(ويَصِيرُ المُرتَهِنُ مُستَوفِياً من ماليَّتِهِ قَدرَ دَينِه حكْماً، والفاضِلُ أمانَةٌ، وإن كانَ أقلَّ سَقَطَ من الدَّينِ بِقَدْرِه)** لأن المضمون قدر ما

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥٠٣٩)، وابن أبي شيبة ٧/ ١٨٥، والبيهقي ٦/ ٤٣ من طريق الحكم عن علي، فذكره. قال البيهقي: هذا منقطع، الحكم لم يدرك علياً.

وأخرجه ابن أبي شيبة ٧/ ١٨٥-١٨٦، والطحاوي ٤/ ١٠٣، والبيهقي ٦/ ٤٣ من طريق عبد الأعلى بن عامر عن محمد ابن الحنفية عن علي قال: إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهلك، فهو بما فيه، لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل. وعبد الأعلى ضعيف.

وأخرجه البيهقي ٦/ ٤٣ من طريق قتادة عن خلاس عن علي قال: إذا كان في الرهن فضل، فإن أصابته جائحة، فالرهن بما فيه، فإن لم تصبه جائحة فإنه يرد الفضل. قال البيهقي: ما روى خلاس عن علي أخذه من صحيفة، قاله يحيى ابن معين وغيره من الحفاظ.

وتُعتبرُ القِيمَةُ يومَ القَبضِ، وإنْ أودَعَه أو تَصَرّفَ فيه بِبَيعٍ أو إجارةٍ أو إعارَةٍ أو رَهْنٍ ونحوه ضَمِنهَ بجمِيعِ قِيمَتِه، . . . .

يستوفيه من الدين، فعند زيادة قيمته الزيادةُ أمانةٌ، لأنها فاضلة عن الدَّين وقد قبضها بإذن المالك، وعند النقصان قد استوفَى قيمتَه فيبقى الباقي عليه كما كان.

قال: (**وتُعتبرُ القِيمَةُ يومَ القَبضِ**) لأنه يومئذٍ دخل في ضمانِه وفيه يثبت الاستيفاءُ يداً ثم يتقرَّرُ بالهلاك، وإن اختلفا في القيمة فالقولُ للمرتهِن لأنه ينكر الزيادة، والبينةُ للراهن لأنه يثبتها.

قال: (**وإنْ أودَعَه أو تَصَرّفَ فيه بِبَيعٍ أو إجارةٍ أو إعارَةٍ أو رَهْنٍ ونحوِه ضَمِنَه بجمِيعِ قِيمَتِه**) وكذا إذا تعدّى فيه كاللبس والركوب والسُّكنى والاستخدام، لأنه متعدٍّ في ذٰلك، إذ هو غير مأمورٍ به من جهة المالك، والزائدُ على قدرِ الدَّين أمانةٌ، والأماناتُ تُضمَن بالتعدِّي ولا ينفسخ عقدُ الرهن بالتعدي، ولأنه ما رضي إلا بحفظِه والناس مختلفون فيه، فكان مخالفاً، بخلاف زوجتِه وولدِه وخادمِه الذين في عِيالِه، لأن الإنسان إنما يحفظ مالَه غالباً بهٰؤلاء، فيكون الرضا بحفظِه رضاً بحفظهم، ولأنه لا بدَّ له من ذٰلك، لأنه لا يمكنه ملازمة البيت ولا استصحابُ الرهن، فصار الحفظُ بهٰؤلاء معلوماً له فلا يضمن، ولُبس الخاتَم في خِنصِره تعدٍّ وفي غيرها حفظٌ، والتقلُّد بالسيف والسيفين تعدٍّ للعادة، وبالثلاث لا، ووضعُ العِمامة والطَّيْلَسان على الرأس كما جرت به العادة تعدٍّ، ووضعها على العاتق أو الكَتِف

ونَفَقَةُ الرَّهْنِ وأُجَرةُ الراعِي على الراهِنِ ونَماؤُه له، ويَصِيرُ رَهْناً مع الأصلِ، إلاَّ أنَّه إن هَلَكَ يَهلِكُ بِغَيرِ شَيءٍ، . . . .

لا، والتعمُّم بالقميص ليس بتعدٍّ، ووضعُ الخِلْخال موضعَ السِّوار وبالعكس ليس بتعدٍّ، ولُبسُهما موضعَهما تعدٍّ.

قال: (**ونَفَقَةُ الرَّهْنِ وأُجَرةُ الراعِي على الراهِنِ**) وكذلك كلُّ ما يحتاج إليه لبقاء الرهن ومصلحتِه، لأنه باقٍ على ملكِه، وذلك مؤُونة الملكِ، والرَّعْيُ[1] من النفقة لأنه عَلَفُ الحيوان، والكسوةُ والظِّئْرُ وإصلاحُ شجر البستان وسقيُها وجُذَاذ الثمرةِ من النفقة.

قال: (**ونَماؤُه له**) لبقائه على ملكِه كالولد واللَّبَن والسَّمنِ والثمرةِ.

(**ويَصِيرُ رَهْناً مع الأصلِ**) لأن الرهنَ حقٌّ لازم فيسري إلى التبع[2].

(**إلاَّ أنَّه إن هَلَكَ يَهلِكُ بِغَيرِ شَيءٍ**) لأنه لم يدخل تحتَ العقد مقصوداً، فلا يكون له قِسْطٌ من الدَّين، ولأن المرتهِنَ لم يقبضها بجهة الاستيفاء، ولا التزم ضمانَها فلا يلزمُه، كولد المَبيعة قبل القبض مبيعٌ، وليس بمضمونٍ على البائع، ولا معتَبَر بنُقصان القيمة وزيادتِها، لأن ذلك يختلف[3] باختلاف رَغَبات الناس، أما العينُ لم تتغير، والقبضُ وَرَدَ على العين دون القيمة. وغَلَّةُ العَقَار وكسبُ الرهن ليس برهنٍ لأنه غير متولِّدٍ منه، ولا بَدَلَ عنه ككسب المَبيع وغلَّتِه.

---

(١) في (س): والراعي، والمثبت من (م).

(٢) تصحف في (س) إلى: «البيع»، والمثبت من (م).

(٣) لفظة: «يختلف» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

وإن بَقِيَ النَّماءُ وهَلَكَ الأصلُ افْتَكَّه بِحِصَّتِه يُقسَمُ الدَّينُ على قِيمَتِهِ يومَ الفِكاكِ، وَقِيمَةِ الأَصْلِ يـومَ القَبْض وتَسقُطُ حِصَّةُ الأصلِ، وتَجُوزُ الزِّيـادَةُ في الرَّهنِ (ز) ولا تَجُوزُ في الدَّينِ (س) ولا يَصِيرُ الرَّهنُ رَهناً به،

قال: (وإن بَقِيَ النَّماءُ وهَلَكَ الأصلُ افْتَكَّه بِحِصَّتِه) لأن الرهنَ مضمونٌ بالقبض والزيادةَ مقصودةٌ بالفِكاك، ومتى صار التَّبَعُ مقصوداً قابله شيءٌ من البدل كولد المَبيع.

قال: (يُقسَمُ الدَّينُ على قِيمَتِهِ يومَ الفِكاكِ، وَقِيمَةِ الأَصْلِ يومَ القَبْض) لما بينا.

(وتَسقُطُ حِصَّةُ الأصلِ) لما مرّ.

قال: (وتَجُوزُ الزِّيادَةُ في الرَّهنِ ولا تَجُوزُ في الدَّينِ ولا يَصِيرُ الرَّهنُ رَهناً به) وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة في الدَّين أيضاً، لأن الدين والرهنَ كالثمن والمَبيع فتجوز الزيادة فيهما بجامع دفع الحاجة، بدليل إقدامِهما، وصحةً لِتصرُّفهما. ولنا أن الزيادة في الرهن توجبُ شيوع الدَّين، وذٰلك غير مانعٍ من صحة الرهن، والزيادةُ في الدَّين توجب شيوعَ الرهن، لأنه لا بدَّ أن يقابله شيءٌ من الرهن، وشيوعُ الرهن مانعٌ من صحته على ما بينا. وقال زفر: لا يجوز فيهما، أما الدَّين، فلما قالا، وأما الرهن، فلأنه جعله رهناً ببعض الدَّين، فلا يجوز كما إذا جعله رهناً بكلِّه، فإنه لو جعله رهناً بكلِّه لا يجوز حتى يردَّ المرتَهِنُ الرهنَ الأوّل، وجوابُه: أن الزيادة تلحق بأصل العَقد كما مرَّ في البيع فيصير كأنه رهَنَهما[1] من الابتداء.

---

(١) في (س): رهنه، والمثبت من (م).

وأُجرَةُ مَكانِ الحِفْظِ على المُرتَهِنِ، وله أن يَحفَظَه بِنَفْسِه وزَوجَتِه ووَلَدِه وخادِمِه الَّذي في عِيالِه، وليس له أن يَنتَفِعَ بالرَّهنِ، فإن أذِنَ له الرَّاهِنُ فَهَلَكَ حالَةَ الاستعمالِ هَلَكَ أمانَةً.

قال: (**وأُجرَةُ مَكانِ الحِفْظِ على المُرتَهِنِ**) لأن الحفظ عليه ليردَّه إلى الراهن ليَسْلَمَ له حقُّه، فيكون عليه بدلُه أيضاً، وكذٰلك أجرةُ الحافظ وجُعْلُ الآبِقِ، لأنه يحتاج إلى إعادةِ يدِه ليردَّه على مالكِه، فكان من مؤونة الردِّ فيجب عليه، وإن كانت قيمتُه أكثرَ من الدّين، فعلى الراهن قدر الزيادةِ، لأنها أمانة فتكون يدُه يدَ المالك، فتكون المؤونة على المالك، وهٰذا في جُعْل الآبقِ ظاهرٌ، لأنه لأجل الضمان فيُقدّر بقدر المضمون. أما أجرةُ البيت فالجميع على المرتهِنِ لأنه بسبب الاحتباس، والحبس ثابتٌ له في اليد، والخراجُ على الراهن لأنه مؤونة ملكِه.

قال: (**وله أن يَحفَظَه بِنَفْسِه وزَوجَتِه ووَلَدِه وخادِمِه الَّذي في عِيالِه**) وقد تقدم.

قال: (**وليس له أن يَنتَفِعَ بالرَّهنِ**) لأنه غيرُ مأذونٍ له في ذٰلك، وإنما له ولايةُ الحبس لا غير.

(**فإن أذِنَ له الرَّاهِنُ فَهَلَكَ حالَةَ الاستعمالِ هَلَكَ أمانَةً**) لأنه عاريَّةٌ على ما يأتي في بابها، وإن هلكَ قبل الاستعمال هلكَ مضموناً لبقاء يدِ الراهن، وكذا بعدَ الاستعمال لزوال يد العاريَّة وعَوْدِ يدِ الراهن.

فصل

ويصَحِ رَهْنُ الدراهِمِ والدنانيرِ، فإن رُهنَتْ بجِنسِها فهَلَكَتْ سَقطَ مثلُها من الدَّينِ، وكذٰلك كُلُّ مَكيلٍ ومَوْزُونٍ، وإن اختَلَفا في الجَوْدَةِ والرَّداءَةِ. ويَصِحُّ برأسِ مالِ السَّلَمِ وبَدَلِ الصَّرْفِ، فإن هَلَكَ قَبْلَ الافتراقِ تَمَّ الصَّرفُ والسَّلَمُ، وصَارَ مُسْتَوفياً، وإنِ افتَرَقا والرهنُ قائمٌ بطَلا. ....

فصل

(ويَصِحُّ رَهْنُ الدراهِمِ والدنانيرِ) لتحقُّق الاستيفاء منها، فكانا محلاًّ للرهن.

(فإن رُهنَتْ بجِنسِها فهَلَكَتْ سَقَطَ مثلُها من الدَّينِ) لان الاستيفاء حصل، فلا فائدة في تضمينه بالمِثل، لأنه مِثْليٌّ، ثم يدفعه إليه قضاءً.

(وكذٰلك كُلُّ مَكيلٍ ومَوْزُونٍ، وإن اختَلَفا في الجَوْدَةِ والرَّداءَةِ) لأن الشرع أسقَطَ اعتبار الجَودة عند المقابلة بالجِنس على ما مرَّ في البيوع.

(ويَصِحُّ برأسِ مالِ السَّلَمِ وبَدَلِ الصَّرْفِ) لتحقق الاستيفاء، والمجانسةُ ثابتةٌ في المالية فلا يكون استبدالاً.

(فإن هَلَكَ قَبْلَ الافتراقِ تَمَّ الصَّرفُ والسَّلَمُ وصَارَ مُسْتَوفياً) لتحقُّق القبض حُكماً.

(وإنِ افتَرَقا والرهنُ قائمٌ بَطَلا) لوجود الافتراق لا عن قبضٍ، وأنه شرطٌ فيهما على ما عُرف.

ويَصِحُّ بالدَّينِ المَوعُودِ، فإن هَلَكَ هَلَكَ بما سَمَّى. ومَن اشترى شيئاً على أن يَرْهَن بالثمن شيئاً بعينِه فامتنع لم يُجبَر، والبائعُ إن شاءَ تَرَكَ الرَّهنَ، وَإن شاءَ رَدَّ البَيعَ. إلاَّ أن يُعطِيَه الثَّمَنَ حالاً، أو يُعطِيَه رَهْناً مِثْلَ الأوَّلِ،

قال: (**وَيَصِحُّ بالدَّينِ المَوعُودِ، فإن هَلَكَ هَلَكَ بما سَمَّى**) لأنه مقبوضٌ على جهة الرهن، فيكون كالمقبوض على سَوم الشراء، وصورته: أن يَرْهَنَه شيئاً على أن يُقرِضَه درهماً فهلك قبل القَرض فعليه أن يُعطِيَه درهماً، ولو قال: على أن يُقرِضَه شيئاً ولم يسمِّ، فهلك، أعطاه ما شاء والبيانُ إليه، لأن بالهلاك صار مستوفياً شيئاً، فيصيرُ كأنه قال عند الهلاك: وجب لفلانٍ عليَّ شيءٌ، ولو قال: بدراهمَ يلزَمُه ثلاثةٌ، لأنها أقلُّ الجمع، وعن أبي يوسف: لو قال: أقرِضْنِي وخذ هٰذا الرهن، ولم يسمِّ، فأخذَه وضاع ولم يُقرِضْه، قال: عليه قيمةُ الرهن.

قال: (**ومَن اشترى شيئاً على أن يَرْهَن بالثمن شيئاً بعينِه فامتنع لم يُجبَر**) لما بينا أنه عقد تبرّع.

(**والبائعُ إن شاءَ تَرَكَ الرَّهنَ، وَإن شاءَ رَدَّ البَيعَ**) لأنه وصفٌ مرغوبٌ فيه، وقد فاته فيتخير.

قال: (**إلاَّ أن يُعطِيَه الثَّمَنَ حالاً**) لحصول المقصود.

(**أو يُعطِيَه رَهْناً مِثْلَ الأوَّلِ**) لحصول المعنى، وهو الاستيثاقُ بمثله في القيمة، والقياس أن لا يجوز هٰذا البيع لأنه صفقةٌ في صفقةٍ، وهو منهيٌّ عنه، ولأنه شرط لا يقتضيه العقدُ وفيه نفعٌ لأحدِهما، وأنه يُفسِد البيع لما مرَّ، ووجه الاستحسان أنه شرطٌ يلائم العقدَ، لأن الرهن للاستيثاق، وهو ملائمٌ للوجوب فلا يفسدُه.

وإن رَهَنَ عَبدَينِ بِدَينٍ فَقَضَى حِصَّة أَحَدِهما فليسَ له أخذُه حتَّى يَقْضِيَ باقيَ الدَّينِ، وإن رَهَنَ عَيناً عند رَجُلَينِ جازَ، والمَضْمُونُ على كُلِّ واحِدٍ منهما حِصَّةُ دَيْنِه، ....

قال: (وإن رَهَنَ عَبدَينِ بِدَينٍ فَقَضَى حِصَّة أَحَدِهما فليسَ له أخذُه حتَّى يَقْضِيَ باقيَ الدَّينِ) لأنه ثبت له حقُّ الحبس في الكلِّ للاستيثاق بالدين وبكلِّ جزءٍ منه، ليكون أدْعى إلى قضاء الدَّين، وصار كالمَبيع في يد البائع، وكذٰلك إن سمَّى لكلِّ واحد منهما شيئاً من الدين في رواية الأصل. وذكر في «الزيادات»: له قبضُه إذا أدّى ما سمَّى له، وهو قول محمد، لأنه محبوسٌ بالقَدْر الذي سمَّاه له، ولهٰذا لو هلك هلك به، ووجه الأوّل: أن الصفقة واحدةٌ، وإن عيَّنَ لكلِّ واحدٍ منهما شيئاً، ولهٰذا لو قَبِل العقدَ في البعض دون البعض لا يجوزُ كما في البيع.

قال: (وإن رَهَنَ عَيناً عند رَجُلَينِ جازَ) لأنه أضاف الرهنَ إلى جميعها صفقةً واحدة، فيكون محتبساً بما رهنها به وهو مما لا يقبل التجزّي، فيكون محبوساً بكلِّ واحدٍ منهما، فإن تهايآ[1] فكل واحد منهما في حقِّ صاحبه كالعدل[2].

قال: (والمَضْمُونُ على كُلِّ واحِدٍ منهما حِصَّةُ دَيْنِه) لأنه يصير مستوفياً حِصَّتَه بالهلاك.

---

(١) أي: أمسك أحدهما يوماً والآخر يوماً.

(٢) أي: أن يكون الرهن في ضمان كل واحد منهما، حتى لو هلك الرهن عند أحدهما يكون المضمون على كل واحد منهما نصيبه.

فإنْ أوْفَى أحَدَهُما فَجَمِيعُها رَهْنٌ عِنْدَ الآخَرِ، ولِلْمُرتَهِنِ مُطالَبَةُ الرَّاهِنِ وَحَبْسُهُ بالدَّين وَإنْ كانَ الرَّهْنُ في يَدِهِ، وَلَيْسَ عَلى المُرْتهِن أنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ بَيْعِهِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ.

فصل

فإذَا باعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ فَهُوَ مَوْقُوفٌ عَلى إجازَةِ المُرْتَهِنِ أوْ قَضاءِ دَيْنِهِ،

(فإنْ أوْفَى أحَدَهُما فَجَمِيعُها رَهْنٌ عِنْدَ الآخَرِ) لأن جميعها رهنٌ عند كلٍّ واحدٍ منهما من غير تفريق لما بينا، وصار كحَبس المبيع إذا أدَّى أحدُ المشترِيَين حِصَّتَه.

قال: (وللمُرتَهِنِ مُطالَبَةُ الرَّاهِنِ وحبسُه بالدين وإن كان الرهنُ في يدِه) لبقاء حقِّه في الدَّين، والرهنُ للاستيثاق فلا يمنع المطالبةَ، فإذا طالبه ومَطَلَه فقد ظَلَمه، فيحبسُه القاضي جزاءً على الظلم.

(وَلَيْسَ عَلى المُرْتهِن أنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ بَيْعِهِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ) لأن حقَّه ثابتٌ في الحبس حتى يستوفي دَينَه، فلا يجب عليه إبطالُه بالبيع، إلا أنه يُؤْمَرُ بإحضارِه لما بينا أن قبْضَه قبضُ استيفاءٍ، فلو قبض دَينه مع ذلك يتكرّرُ الاستيفاء على تقديرٍ محتملٍ، وهو الهلاك في يده، فإذا أحضَرَ قيل للراهن: سلِّمِ الدّينَ أوّلاً ليتعيَّن، وهو نظيرُ بيع السِّلعة بالثمن.

فصل

(فإذَا باعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ فَهُوَ مَوْقُوفٌ عَلى إجازَةِ المُرْتَهِنِ أوْ قَضاءِ دَيْنِهِ) لتعلُّق حقِّه بحبسِه على ما بينا، فيتوقفُ إبطالُه على رضاه أو زوالِ

حقِّه، فإذا أجاز فقد رضي بزوال حقِّه في الحبس، وإذا قضاه دينَه فقد زال حقُّه في الحبس، فعمل المقتضَى عملَه، وهو صُدور الركن من الأهل مضافاً إلى المَحَلِّ، ثم إذا أجاز البيع ونَفَذَ[1]، انتقل حقه إلى بَدَلِه، لأن له حكمَ المُبدَل كالعبد المديون إذا بِيع برِضا الغُرماء، انتقل حقُّهم إلى بدلِه، والفقه فيه أنه إنما رضي بالانتقال دون السقوط، وإن لم يُجزِ البيعَ: قيل: ينفسخُ كعقدِ الفُضُولي، حتى لو استَفَكَّه الراهنُ لا سبيل للمشتري عليه، وقيل: لا ينفسخ. قالوا: وهو الأصحّ لأن التوقف إنما كان صيانةً لحقِّ المرتَهِن عن البُطلان، وحقُّه في الحبس، وذٰلك لا يمنع الانعقادَ فيبقى موقوفاً، إن شاء المشتري صَبَرَ حتى يستفكَّه الراهنُ، وإن شاء فَسَخَ بالقاضي لعجزِه عن التسليم وصار كإباقِ العبد بعد البيع قبل القبض، فإن المشتري يتخيَّر كما ذكرنا.

قال: (**وإنْ أعْتَقَ العَبْدَ الرَّهْنَ نَفَذَ عِتْقُهُ**) لصدور رُكن الإعتاق من الأهل مضافاً إلى المَحَلِّ، ولا خفاءَ فيهما عن ولائِه وهي مِلكُ الرَّقَبة، فيُعتَقُ، كما إذا أعتَقَ المشتَرَى قبلَ القبض والآبقَ والمغصوبَ[2]. وإذا زالَ ملكُه عن الرقبة بالإعتاق زالَ ملكُ المرتهِنِ في اليد بناءً عليه كالعبد المشتَرَك، وثم يزولُ ملكُ الرقبة، فلأن يزولَ هنا ملكُ اليد

(١) في (م): «ونقد الثمن»، والمثبت من (س).

(٢) معناه: كما إذا أعتَقَ العبدَ المشترَى قبل القبض، أو أعتَقَ العبدَ الآبقَ أو المغصوب.

فَيُطالَبُ بأدَاء الدَّيْنِ إنْ كانَ حالاً، وَإنْ كانَ مُؤَجَّلاً رَهَنَ قِيمَةَ العَبْدِ، وَإنْ كان مُعْسِراً سَعَى العَبْدُ في الأقَلّ مِنْ قيمَتِهِ وَالدَّيْنِ، ويَرْجِعُ على المَوْلَى إذا أيْسَرَ،

أولى، بخلاف البيع والهِبةِ فإنه إنما يوقَفُ لعدم القُدرة على التسليم، ولأن في نفاذ العِتق تحصُل منفعةُ العبد والمولى، وهو ظاهرٌ من غير فواتِ مصلحة المرتهِنِ لأنه يجبُ له إما سعايةُ العبد، أو رهنيةُ قيمتِه، أو أداءُ الدين حالاً، ولو لم ينفذِ العتقُ بطَلَتْ مصلحة المعتَقِ والمعتِقِ لا إلى جابرٍ، وكان نفاذُه أتمَّ مصلحةً وأعمَّ فائدةً فكان أولى، فإذا نفَذَ العتقُ بطَلَ الرهنُ لفوات محلِّه.

(فَيُطالَبُ بأدَاء الدَّيْنِ إنْ كانَ حالاً) إذ هو الواجبُ في الديون الحالَّة، ولا فائدةَ في طلب القيمة فإنه متى قبضَها والدَّين حالٌّ وقعت المُقاصَّة.

(وَإنْ كانَ مُؤَجَّلاً رَهَنَ قِيمَةَ العَبْدِ) لقيامها مقامَ العبد، فإذا حلَّ الدَّين وهو من جنس حقِّه اقتصَّ منه بقَدره وردَّ الفَضْل.

(وَإنْ كان مُعْسِراً سَعَى العَبْدُ في الأقَلّ مِنْ قيمَتِهِ وَالدَّيْنِ) لأنه تعذَّر أخذُ الحقّ من جهة المعتِق، فيؤخَذ ممن حصلت له فائدةُ العِتق وهو العبد، لأن الخراج بالضمان، ويسعى في الأقلِّ منهما، لأن الدَّين إن كان أقلَّ فالحاجة تندفع به، وإن كانت القيمة أقلَّ فهو إنما حصل له هٰذا القَدْرُ فلا تجب عليه الزيادة.

(ويَرْجِعُ على المَوْلَى إذا أيْسَرَ) لأنه اضطُرَّ إلى قضاء دَينِه بحُكم الشرع فيرجع عليه، بخلاف المستسعَى، لأنه يسعى لتحصيل العِتق

وإنِ استهْلَكَهُ أجْنَبيٌّ فالمُرْتَهنُ يُضَمِّنُه قيمَتَهُ يَوْمَ هَلَكَ، وَلَيْسَ للَّراهِنِ أنْ يَنْتَفِعَ (ف) بالرَّهْنِ، فإنْ أعارَهُ المُرتَهنُ فَقَبَضَهُ الرَّاهنُ خَرَجَ منْ ضَمانِهِ، فَلوْ هَلَكَ في يَدِ الرَّاهِنِ هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، ....

عند أبي حنيفة، ولتكميله عندَهما، وهاهنا تمّ عتقُه، وإنما يسعى في ضمانٍ على غيره فيرجع كمُعير الرهن. ولو دبَّر الراهنُ الرهنَ أو كانت أمَةً فاستولدها صحَّ، أما التدبيرُ فلما مرَّ، وأما الاستيلاد فلأن حقَّه أقوى من حقِّ الأب في جارية الابن، وقد صحَّ ثَمَّ فهاهنا أولى، وحقُّ المرتهِن مجبورٌ بالسعاية أو التضمين، فإن كان المولى موسِراً فحكمُه ما مرَّ في العِتق، وإن كان معسِراً سَعَيا في جميع الدَّين، لأن كسبهما للمولى، ولهٰذا لا يَرجعان عليه، وإذا استهلك الراهنُ الرهنَ فهو كالعِتق.

قال: (وَإنِ استهْلَكَهُ أجْنَبيٌّ فالمُرْتَهنُ يُضَمِّنُه قيمَتَهُ يَوْمَ هَلَكَ) فيكون رهناً مكانه، لأن حقه ثابتٌ في حبس العين، فكذا في بدله، فإن كانت قيمتُه يومَ القبض ألفاً وضمَّنه خمس مئةٍ سقط من الدَّين خمسُ مئةٍ، كأنها هلكت بآفةٍ سماوية.

قال: (وَلَيْسَ للَّراهِنِ أنْ يَنْتَفِعَ بالرَّهْنِ) لما فيه من تفويت حقِّ المرتهِن، وهو الحبسُ الدائم الذي يقتضيه العقدُ كما بينا.

قال: (فإنْ أعارَهُ المُرتَهنُ فَقَبَضَهُ الرَّاهنُ خَرَجَ منْ ضَمانِهِ، فَلوْ هَلَكَ في يَدِ الرَّاهِنِ هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ) لزوال الحبس المضمون ووصولِه إلى يدِ الراهن، وله أن يسترجعه لبقاءِ عقد الرهن، ولهٰذا لو مات

وَإنْ وَضَعاهُ على يَدِ عَدْلٍ جازَ، وإنْ شَرَطا ذٰلكَ في العَقْدِ فلَيسَ لأحَدِهما أخْذُهُ، وَيهْلكُ مِن ضَمانِ المُرْتَهنِ، . . . .

الراهنُ قبل ردِّه فالمرتهنُ أحقُّ به من سائر الغُرَماء، وإذا أخذه عاد الضمان بعَوْد القبضِ في عقد الرهن فتعود صفتُه.

قال: (**وَإنْ وَضَعاهُ على يَدِ عَدْلٍ جازَ**) لأنه نائب عن الراهنِ في الحِفظ، وعن المرتهِن في الحبس، ويجوز أن تكون اليد الواحدةُ في حكمِ يَدَين، وشخصٌ واحدٌ بمنزلة شخصين، كمن عجَّل الزكاة كان الساعي كالمالك، حتى لو هلك النصابُ قبل الحَول أخذه من يده، وفي منزلة الفقير حتى لو هلكت في يدِه سقطت كما لو دفعها إلى الفقير.

(**وَإنْ شَرَطا ذٰلكَ في العَقْدِ فلَيسَ لأحَدِهما أخْذُهُ**) لتعلُّق حقهما به، الراهنُ في الحِفظ والمرتهِن في الاستيفاء، ولا يملك أحدُهما إبطالَ حقّ الآخر.

قال: (**وَيهْلكُ مِن ضَمانِ المُرْتَهِنِ**) لأن يدَه يدُ المرتهِن، وهي مضمونة في حقِّ الماليَّة، ولو دفعه إلى أحدهما ضَمِن لأنه مودَعُ الراهنِ في العين، والمرتهِنِ في المالية، وكلُّ واحد منهما أجنبيٌّ عن الآخر فيضمنُ، كالمودَع إذا دفعه إلى أجنبيٍّ، والعدلُ يبيع ولدَ المرهونة ويُجبَر على البيع عند طلب المرتهِن، ولا ينعزل بعَزل الموكِّل وموتِه، ويملك مصارفة الثمن إذا خالف جنسَ الدَّين، والوكيلُ المفرد لا يملك شيئاً من ذٰلك.

وَيجُوزُ أنْ يُوَكِّلَ المُرْتَهِنَ وَغيْرَهُ على بَيْعِ الرَّهْنِ، فإنْ شَرَطَهَا في عَقْد الرَّهْنِ لَمْ يَنْعَزِلْ بِمَوْتِ الرَّاهنِ وَلا بعَزْلِهِ؛ وَإذَا ماتَ الرَّاهِنُ باعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنَ وَقَضَى الدَّيْنَ، فإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَبَ القاضِي مَنْ يَفْعَلُ ذٰلكَ. ومَنِ استَعارَ شَيْئاً لِيَرْهَنَهُ جازَ، وإن لم يُسَمِّ ما يَرْهَنُه به، . . . .

قال: (وَيجُوزُ أنْ يُوَكِّلَ المُرْتَهِنَ وَغيْرَهُ على بَيْعِ الرَّهْنِ) لأنه أهلُ التوكيل، وقد وُكِّل ببيع ماله.

(فإنْ شَرَطَهَا في عَقْد الرَّهْنِ لَمْ يَنْعَزِلْ بِمَوْتِ الرَّاهنِ وَلا بِعَزْلِهِ) لأن الوكالة صارت وصفاً للرهن بالشرط فتبقى ببقاءِ أصلِه، وقد تعلق به حقّ المرتهِن، وليس للراهن إبطالُه، ولا للوَرَثةِ، لتقدُّم حقِّه على حقهم وبقاءِ الرهن بعد موته، ولو شرط البيع بعد الرهن، قال الكرخي: ينعزلُ بالعزل والموتِ لعدم اشتراطه في العقد، وعن أبي يوسف أنه لا ينعزلُ، واختاره بعضُ المشايخ.

قال: (وَإذَا ماتَ الرَّاهِنُ باعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنَ وَقَضَى الدَّيْنَ) لأن الدَّين حلَّ بموته، والوصي قائمٌ مقامَه، ولو كان الراهن حيّاً كان له بيعُه لإيفاء الدَّين بأمر المرتهِن فكذا هٰذا.

(فإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَبَ القاضِي مَنْ يَفْعَلُ ذٰلكَ) لأنه نُصِّبَ لمصالح المسلمين، والنظرِ لهم عند عجزهم، والنظرِ فيما ذكرنا، لأنه محتاجٌ إلى قضاء ما عليه من الديون الحائلةِ بينه وبين الجنة.

قال: (ومَنِ استَعارَ شَيْئاً لِيَرْهَنَهُ جازَ، وإن لم يُسَمِّ ما يَرْهَنُه به) لأن الإطلاق في العاريَّة معتبرٌ، لأنه لا يفضي إلى المنازعة، وله أن يَرهنَه بأيِّ قَدْرِ شاء، وأيِّ نوعٍ شاء، ممن شاءَ، عملاً بالإطلاق.

فإن عَيَّنَ ما يَرْهَنُه به فليسَ له أن يَزِيدَ عليه ولا يَنْقُصَ.

(فإن عَيَّنَ ما يَرْهَنُه به، فليسَ له أن يَزِيدَ عليه ولا يَنْقُصَ) أما الزيادةُ، فلأنه ربما احتاج المعيرُ إلى فِكاكِ الرهنِ، فيؤدِّي قَدْرَ الدَّين، وما رضي بأداء القدرِ الزائد على ما عيَّنه، أو لأنه يتعسر عليه ذٰلك فيتضرَّرُ به، وأما النقصان فلأن الزائدَ على قدر الدَّين يكون أمانةً وما رضي إلا أن يكون مضموناً كلُّه، فكان التعيين مفيداً فيتقيدُ به، وإن رَهَنَه بجنسٍ آخرَ ضَمِن لأنه لم يرض به، وكذا لو عيَّن رجلاً فرَهَنَ عند غيره لتفاوت الناس في الحِفظ والمَلاءَة والقضاء، وكذٰلك لو قيَّده ببلدةٍ فرهنَه بأخرى ضَمِن، والمُعير إن شاء ضَمَّنَ الراهنَ لتعدّيه حيث خالف، وإن شاء المرتهِنَ لأنه قبضَ مالَه بغير أمره، فإن ضمَّن الراهنَ ملَكَ الرهنَ فصار كأنه رَهَنَ ملكَه ويترتب عليه أحكامُه، وإن ضمَّن المرتهِنَ رجع بدَينِه وبما ضَمِن على الراهن، لأنه بسببه وغُروره، ولو رَهَنه بما عيَّن، فهلك في يدِ المرتهِن صار مستوفياً دَينَه لَما تقدَّم، وعلى الراهن للمُعير مثلُه، لأنه صار قاضياً دَينَه فيرجع بمثله. ولو دخله عيبٌ، نقص من الدَّين بحسابه، ويضمنُه لربِّ العاريَّة، ولو كانت قيمتُه أقلَّ من الدَّين ضَمِن الراهنُ للمعير قيمتَه، لأنه صار قاضياً من دَينه بقَدْرِها، ولو هلك عند المُستعير قبلَ الرهنِ، أو بعد الفِكَاك لا يضمن، لأنه قبَضَه بإذنِ المالك ولم يقضِ دَينه منه. وإذا أعطى المعيرُ الدَّين ليأخذ الرهنَ، أُجبر المرتهِنُ على دفعه إليه، ورجع بذٰلك على الراهنِ، لأنه غيرُ متبرِّع في ذٰلك لحاجتِه إلى خلاص ملكِه. ولو اختلفا في قدر ما

. . . .

أمرَه به، فالقولُ للمُعير، لأنه منه يُستفاد، ألا ترى أن له إنكارَ الأصلِ، فكذا الوصفُ.

فصل

جِناية الراهنِ على الرهنِ مضمونةٌ، لأنه كالأجنبيِّ في الماليَّة حيث تعلق بها حقُّ الغير حبساً واستيفاءً، وجنايةُ المرتهِن تُسقِط من الدين بقَدْره، لأنه لو نَقَص لا بفعله يسقطُ، فبفعلِه أولى، وجنايةُ الرهن على الراهن ومالُه هَدْرٌ، والمرادُ جنايةٌ توجبُ المال، لأنها جنايةُ المملوك على مالِكِه، وكذٰلك جنايتُه على المرتهِن، لأنها لو اعتبرت كان عليه تطهيرُه منها لحدوثها في ضمانِه، فلا يجب له الضمان، وعليه الخلاصُ لعدم الفائدة. وقال أبو يوسف ومُحمد[1]: هي معتبرةٌ لأنها على غير المالك، وفي اعتبارها فائدةٌ وهي دفعه إليه بالجناية، ويبطل الرهنُ، وإن لم يطلب المرتهِنُ الجنايةَ بقي رهناً على حاله، وإن جنى على مالِه وقيمته والدين سواء لا يُعتبر بالإجماع لعدم الفائدة، وإن كانت القيمةُ أكثرَ فكذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعنه أنه يُعتبر بقدر الأمانة لجناية الوديعة على المستودع.

❑ ❑ ❑

---

(١) «ومحمد» ليست في (س)، والمثبت من (م).

كتاب القِسمة

. . . .

كتاب القسمة

وهي في الأصل: رفع الشيوع وقطعُ الشركة، قال تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، أي: غير شائع ولا مشترَك، بل لهم يومٌ وللناقة يوم، ومعنى قسمة رسول الله ﷺ الغنائم: أنه أفرزَها وقَطَع الشركة فيها، وهٰذا المعنى مرعيٌّ في الشرع، إلا أنه تارةً يقع إفرازاً وتمييزاً للأنصِباء، وتارةً مبادلةً ومعاوضةً على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

وهي مشروعة بالكتاب: وهو قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ الآية [الأنفال: ٤١]، بيَّن الأنصِباء، وهو معنى القسمة.

والسُّنةِ: وهو أنه عليه السلام قَسَمَ الغنائم والمواريث، وقَسَم خيبرَ بين أصحابه[١]، وعليٌّ رضي الله عنه نَصَبَ عبدَ الله بن يحيى ليقسِّم الدُّورَ والأرَضين، ويأخذ عليه الأجرَ[٢]، وعليه إجماعُ

---

(١) أخرج البخاري (٢٣٣٤)، وهو في «المسند» (٢١٣) من طريق زيد بن أسلم عن أبيه قال: قال عمر رضي الله عنه: لولا آخر المسلمين، ما فَتَحْتُ قريةً إلا قسمتُها بين أهلها، كما قسم النبي ﷺ خيبر.

(٢) نسبه ابن قطلوبغا في تخريجه إلى الإمام محمد بن الحسن في «الأصل» ونسب عبد الله بن يحيى فقال: عبد الله بن يحيى الكندي.

معنى الإفرازِ فيما لا يتفَاوتَ أظهَرُ كالمَكِيلِ والمَوزُونِ، ومعنى المُبادَلَةِ أظهَرُ فِيما يَتفَاوَتُ كالحَيَوَانِ والعَقارِ، . . . .

المسلمين، ولأن المشترَك قد لا يمكنهما الانتفاع به، فمَسَّت الحاجة إلى القِسْمة ليصل كلُّ واحد إلى المنفعة بملكِه، أو لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالتهايؤ، فيبطُل عليه الانتفاع في بعض الأزمان، فكانت القسمةُ متمِّمةً للمنفعة.

وقد ذكرنا أن القسمة تكون إفرازاً وتكون مبادلة فنقول:

(**معنى الإفرازِ فيما لا يتفَاوتَ أظهَرُ كالمَكِيلِ والمَوزُونِ**) وسائرِ المِثْليَّات، حتى كان لكلّ واحدٍ أن يأخذ نصيبَه بغير رضا صاحبه ومع غَيبته، ويبيعه مرابحةً وتوليةً على نصف الثمن، ولا يخلو عن معنى المبادلة أيضاً، لأن ما حَصَل له كان له بعضُه، وبعضُه لشريكه، إلا أنه جُعل وصولُ مثلِ حقِّه إليه كوصول عين حقِّه، لعدم التفاوت.

(**ومعنى المُبادَلَةِ أظهَرُ فِيما يَتفَاوَتُ كالحَيَوَانِ والعَقارِ**) وكلِّ ما ليس بمثليٍّ، حتى لا يكون لأحدهما أخذُ نصيبه مع غَيبة الآخر، ولو اقتسما فليس له بيعُه مرابحةً، لأن ما أَخَذَ ليس بمثل لما تَرَكَ على صاحبه.

= وأخرجه الشافعي في «الأم» ٧/ ١٧٨، ونسبه ابن قطلوبغا إلى ابن أبي شيبة: حدثنا أبو بكر بن عياش، حدثنا عبد العزيز بن رفيع، عن موسى بن طريف قال: دخل علي رضي الله عنه بيت المال، فأضرط به، وقال: لا أمسي وفيك درهم، فأمر رجلاً من بني أسد، فقسمه إلى الليل، فقال الناس: لو عوضته، فقال: إن شاء، ولٰكنه سحت. قوله: «فأضرط به»: أي استخف به وسخر منه.

إلاَّ أنَّه يُجبرُ المُمْتَنِعُ منهما على القِسْمَةِ إذا اتَّحَدَ الجِنسُ، ولا يُجْبَرُ عند اختِلافِ الجِنْسِ، ولو اقتَسَموا بأَنفُسِهم جازَ، ويَقْسِمُ على الصَّبِيّ وَصِيُّهُ أو وَلِيُّهُ؛ ويَنْبَغِي لِلقاضِي أن يَنْصِبَ قاسِماً عَدْلاً مأْمُوناً عالِماً بالقِسْمَةِ .....

(**إلاَّ أنَّه يُجبرُ المُمْتَنِعُ منهما على القِسْمَةِ إذا اتَّحَدَ الجِنسُ**) كالإبل والبقر والغنم، تتميماً للمنفعة وتكميلاً لثمرة الملك، فإن الطالبَ يسأل القاضي أن يخُصَّه بنصيبه ويمنعَ غيرَه من الانتفاع به، فيجيبُه القاضي إلى ذٰلك، لأنه نُصِبَ للمصالح ودفع المظالم، والإجبارُ على المبادلة جائزٌ إذا تعلق بها حقُّ الغير، كالمشتري مع الشفيع، والمديونُ يُجبَر على بيع ملكه لإيفاء الدَّين.

(**ولا يُجْبَرُ عند اختِلافِ الجِنْسِ**) كالحيوان مع العقار، أو البقر مع الخيل ونحو ذٰلك، لتعذُّر المعادلة فيه، للتفاوت الفاحش بينهما في المقصود، وكذٰلك الثياب إذا اختلفت أجناسُها، والثوبان إذا اختلفت قيمتُهما.

(**ولو اقتَسَموا بأَنفُسِهم جازَ**) لأنه بيع ولهما ذٰلك.

(**ويَقْسِمُ على الصَّبِيّ وَصِيُّهُ أو وَلِيُّهُ**) كالبيع وسائر التصرُّفات، فإن لم يكن، نَصَبَ له القاضي مَن يَقسِمُ.

قال: (**ويَنْبَغِي لِلقاضِي أن يَنْصِبَ قاسِماً عَدْلاً مأْمُوناً عالِماً بالقِسْمَةِ**) لأنه لا قدرةَ له[1] على العمل إلا بالعِلم به، ولا اعتمادَ على

---

(١) «له» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

يَرزُقُه من بيتِ المالِ، أو يُقَدِّرُ له أجراً يأْخُذُه من المُتَقاسِمِينَ، وهو على عَدَدِ رُؤُوسِهِم (سم)، . . . .

قوله إلا بالعدالة، ولا وُثوقَ إلى فعله إلا بالأمانة، ولأنه يحكم عليهم بفعله فأشبه القاضي، فينبغي أن يكون بهٰذه الصفات.

قال: (**يَرزُقُه من بيتِ المالِ**) لأن فعله يقطعُ المنازعةَ كالقضاء، فينبغي أن يكون رزقُه في بيت المال كالقاضي، ولأنه أنفى للتهمة فكان أفضلَ، ولأنه أرفقُ بالعامة.

قال: (**أو يُقَدِّر له أجراً يأْخُذُه من المُتَقاسِمِينَ**) لأنه يَعمل لهم، وإنما يقدِّره لئلا يطلب زيادةً ويشتطَّ عليهم في الأجر.

قال: (**وهو على عَدَدِ رُؤُوسِهِم**) وقالا: على الأنصِباء، لأنها مؤونة الملك فيتقدَّر بقَدره، وصار كحافر بئرٍ مشتركةٍ، ونفقةِ المملوك المشتَرَك. ولأبي حنيفة أنَّه جزاءُ عمله وهو التمييز والإفراز، ويستوي فيه القليل والكثير، بيانُه أنه لا يأخذ الأجرَ على المساحة والمشي على الحدود، حتى لو استعان في ذٰلك بأرباب الملكِ فله الأجرُ إذا قسم وميَّز، وربما يكثر عملُه في القليل لأن الحساب إنما يدِقُّ ويصعُبُ عند تفاوت الأنصِباء لا عند استوائهما، بخلاف حفر البئر فإن الأجرةَ مقابَلَةٌ بالعمل وهو نقل التراب، ونفقةُ المملوك لإبقاء الملكِ، وحاجةُ صاحب الكثير أكثرُ، وبخلاف الكَيْلي والوَزْني لأنه أجرةُ عمله، ولهٰذا لو استعان في ذٰلك بأرباب الملكِ لا أجرَ له، وكَيْلُ الكثير أكثرُ من كيل القليل قطعاً، وروي عن أبي حنيفة أن الأجر على الطالب لأنه هو المنتفِعُ به دون الممتنِع لتضرُّره به.

ولا يُجْبِرُ النّاسَ على قاسِمٍ واحدٍ، ولا يَتْرُكُ القُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ.

جماعةٌ في أيدِيهِم عَقارٌ طَلَبُوا من القاضِي قِسْمَتَه، وادَّعَوا أنَّه مِيرَاثٌ، لم يَقْسِمْه حتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ (ف) على (سم) الوَفاةِ وعددِ الوَرَثَةِ، . . . . . .

قال: (**ولا يُجْبِرُ النّاسَ على قاسِمٍ واحدٍ**) معناه إذا لم يقدِّر أجرَه لأنه يتعدَّى أجرَ مثلِه ويتحكمُ في طلب الزيادة وأنه ضررٌ.

قال: (**ولا يَتْرُكُ القُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ**) لأن عند الاشتراك لا يخافون الفَوتَ فيتغالَون في الأجرة، وعند عدم الاشتراك يخافُ الفوتَ بسَبْقِ غيره فيبادِرُ إلى العمل فيُرخِّص الأجر.

قال: (**جماعةٌ في أيدِيهِم عَقارٌ طَلَبُوا من القاضِي قِسْمَتَه، وادَّعَوا أنَّه مِيرَاثٌ، لم يَقْسِمْه حتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ على الوَفاةِ وعددِ الوَرَثَـةِ**) وقالا: يَقسِمه باعترافهم، وَيذكرُ في كتاب القسمة أنه قَسَمه بقولهم، ولا يحتاجُ إلى البينة[1]، لأن اليد دليلُ الملك، والظاهر صدقُهم ولا مُنازع[2] لهم كما في غير العَقار، وكما إذا ادَّعوا في العَقار الشراءَ أو مطلقَ الملك، فإنه يقسمه في هٰذه الصورة[3] بالإجماع، وكذا لو كان في الورثة كبيرٌ غائب أو صغيرٌ، والدارُ في أيدي الكبار الحضور يقسِمُها بقولهم، ويعزِلُ نصيبَ الصغير والغائب إلا أن يكون في يد الغائب أو الصبيِّ، فلا بدَّ من حضورهما لئلا يكون قضاءً على الغائب والصبي،

---

(١) قوله: «ولا يحتاج إلى البينة» أثبتناه من (م)، وهو ليس في (س).

(٢) في (س): منازعة، والمثبت من (م).

(٣) في (س): الصور، والمثبت من (م).

وإن حَضَرَ وارِثانِ فأقاما البيِّنَةَ على الوَفاةِ وعَدَدِ الوَرَثَةِ ومَعهُما وارثٌ غائِبٌ قَسَمَه، إلاَّ أن يَكُونَ العَقارُ في يَدِ الغائِبِ، وفي الشِّراءِ لا يَقْسِمُه إلاَّ بحَضرَةِ الجَمِيعِ، وإن حَضَرَ وارِثٌ واحِدٌ لم يَقْسِم وإن أقامَ البَيِّنَة.

وإنما يذكر أنه قسمها بقولهم لئلا يتعدَّاهم الحكم، ولأبي حنيفة: أن التركةَ قبل القِسمة مبقاةٌ على حكم ملك الميِّت، لأن الزوائد المتولِّدة منها تحدُثُ على ملكه حتى يقضي منه ديونَه وتنفَذ وصاياه، فلا يجوزُ للقاضي قطعُ حُكم ملكه إلا ببيِّنة، بخلاف المنقول لأنه يحتاج إلى الحفظ، وكانت قسمتُه للحفظ، والعَقارُ محفوظٌ بنفسه، وبخلاف المشتري لأن ملك البائع انقطَعَ عن المَبيع فلم تكن القسمة قضاءً على الغير، وكذا إذا أطلَقوا الملكَ لأنهم ما اعترفوا به لغيرهم. وفي «الجامع الصغير» شَرَط إقامة البينة عند الإطلاق، لأن قسمةَ الحِفظ لا يَحتاج إليها في العقار، وقسمه الملك تفتقرُ إلى ثبوته فاحتاج إلى البينة.

قال: (**وإن حَضَرَ وارِثانِ فأقاما البيِّنَةَ على الوَفاةِ وعَدَدِ الوَرَثَةِ ومَعهُما وارثٌ غائِبٌ قَسَمَه، إلاَّ أن يَكُونَ العَقارُ في يَدِ الغائِبِ**) لما مرَّ.

(**وفي الشِّراءِ لا يَقْسِمُه إلاَّ بحَضرَةِ الجَمِيع**) والفرق أن ملكَ الوارث ملكُ خلافةٍ، حتى ينتقل إليه خيارُ العَيب والتعيين فيما اشتراه المورثُ أو باعَه، فيكون أحدُهما خصماً عن الميت فيما في يدِه، والآخرُ عن نفسه، وفي الشراء ملكٌ مبتدأٌ، حتى ليس له الردُّ بالعيب على بائعِ بائعِه، ولا يصلح الحاضرُ خصماً عن الغائب، فافترقا.

قال: (**فإن حَضَرَ وارِثٌ واحِدٌ لم يَقْسِم وإن أقامَ البَيِّنَة**) لأن الواحد لا يكون خصماً ومقاسِماً من جهتين، ولا بدَّ من حضور خَصمين.

فصل

وإذا طَلَبَ أحَدُ الشُّركاءِ القِسْمَةَ وكُلٌّ منهم يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِه قَسَمَ بينَهُم، وإن كانُوا يَستَضِرُّونَ لا يقْسِمُ، وإن كان أحَدُهُما يَنتَفِعُ بِنَصِيبِه والآخَرُ يَستَضِرُّ قَسَمَ بِطَلَبِ المُنتَفِعِ، ....

فصل

(وإذا طَلَبَ أحَدُ الشُّركاءِ القِسْمَةَ وكُلٌّ منهم يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِه قَسَمَ بينَهُم) لما بينا.

(وإن كانُوا يَستَضِرُّونَ لا يَقْسِمُ) اعلم أن القِسمة على ضربين: قسمةٌ يتولاها الشركاءُ بأنفسهم، فتجوز وإن كان فيها ضررٌ، لأن الحقَّ لهم، والإنسانُ مخيَّر في استيفاء حقِّه وإبطالِه ما لم يتعلق به حقُّ الغير، وقسمةٌ يتولّاها الحاكم أو أمينُه فتجوز فيما فيه مصلحةٌ لا فيما فيه ضررٌ عليهم، ولا فيما لا فائدةَ فيه كالحائط والبئر، لأن القاضي نُصِبَ لإقامة المصالح ودفع المضارّ، فلا يجوز له فعلُ الضرر والاشتغالُ بما لا يفيد من قَبيل الهَزْل، ومَنْصِبُه مُنزَّه عن ذٰلك، ولأن ما لا فائدةَ فيه ليس في حكم الملك، فليس على القاضي أن يُجيبَه إليه، فإن طلبا القسمةَ من القاضي في رواية لا يقسمُ لما بينا، وفي رواية يقسمُ لاحتمال أن يكون لهما منفعةٌ لا تظهرُ لنا، فإنما نحكمُ بالظاهر.

(وإن كان أحَدُهُما يَنتَفِعُ بِنَصِيبِه والآخَرُ يَستَضِرُّ قَسَمَ بِطَلَبِ المُنتَفِعِ) لأنه ينفعُه فاعتبر طلبُه، وإن طَلَبَ الآخرُ ذَكَر الكَرْخي أنه لا يَقسِم لأنه متعنِّتٌ لا متظلِّم. وذكر الحاكم في «مختصره» أنه يَقسِم أيهما طَلَبَ

وَلا يَقْسِمُ الجَوْهَرَ والرَّقِيقَ (ف سم) والحَمَّامَ والحائِطَ والبِئْرَ بَينَ دارَينِ والرَّحَى إلاَّ بِتَراضِيهِم، ويَقْسمُ كُلَّ واحدٍ من الدُّورِ والأراضِي والحَوانِيتِ وحدَه، ....

وهو الأصحّ، لأن الامتناع إنما كان للضرر ولا اعتبارَ للضرر مع الرِّضا، كما إذا اقتسما بأنفسهما.

قال: (**وَلا يَقْسِمُ الجَوْهَرَ والرَّقِيقَ والحَمَّامَ والحائِطَ والبِئْرَ بَينَ دارَينِ والرَّحَى إلاَّ بِتَراضِيهِم**) وكذا كلُّ ما في قسمتِه ضررٌ، كالبيت الصغير، والباب، والخَشَبة، والقميص، وقد تقدّم ما فيه من التفصيل والرواياتِ والتعليلِ، ولأنه لا بدَّ في القسمة من التعديل، ولا يمكن في البعض كالجوهر والرَّقيق لتفاوتهما، وقالا: يقسِم الرقيقَ لأنه جنسٌ واحدٌ كغيره من الحيوان، وكرقيق المَغْنَم، ولأبي حنيفة: أنهم بمنزلة أجناسٍ مختلفةٍ لتفاوتهم في المعاني الباطنةِ المطلوبةِ من الذكاء والعقل والهِدايةِ إلى تعليم الحرف تفاوتاً فاحشاً، وغيرُهم من الحيوان يقلُّ التفاوت بينهم عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى جنسٌ واحد في سائر الحيوانات، وهما جنسان في بني آدم؟ ولأن المقصود من غيرهم من الحيوانات وما بينها من التفاوت يُعرف بالظاهر والجَسِّ والرُّكوب والاختبار في يومٍ واحد بل في ساعةٍ واحدة، ولا كذٰلك بنو آدم، وأما رقيقُ المَغنم فإنَّ حقَّ الغانِمين في المالية، ولهٰذا جاز للإمام بيعُها وقسمةُ ثمنها، وهنا الحقُّ تعلَّق بالعين والمال فافترقا.

قال: (**ويَقْسمُ كُلَّ واحدٍ من الدُّورِ والأراضِي والحَوانِيتِ وحدَه**) لأنها أجناسٌ مختلفة نظراً إلى اختلاف المقاصد، وإن كانت دورٌ

مشتركةً في مصرٍ واحدٍ وأراضٍ متفرّقةً قَسَم كلَّ دارٍ وأرضٍ على حِدَتِها عند أبي حنيفة، وقالا: يقسِم بعضَها في بعض إن كان أصلَحَ، لأنها جنسٌ واحد صورةً ومعنىً نظراً إلى المقصود، وهو أصلُ السكنى والزَّرْع، وهي أجناسٌ معنىً نظراً إلى وجوه السكنى واختلاف الزُّروع، فكان مفوَّضاً إلى نظر القاضي يعمل بما يترجحُ عنده. وله أنه لا يمكنُ التعديل فيها لكونها مختلفةً باختلاف البلدان والجِوار والقُرْب من المسجد والماءِ والشرب، وصلاحيتِها للزراعة اختلافاً بيّناً، ولو كانت داران في مصرَين قَسَم كلَّ واحدةٍ وحدَها بالإجماع، وعن محمد: لو كانت إحداهما بالرَّقَّة والأخرى بالبَصرة قُسِمت إحداهما في الأخرى.

قال: (ويقسِمُ البُيُوت قِسْمَةً واحدةً) أما إذا كانت في دارٍ واحدةٍ فلأن قسمة كلِّ بيت بانفراده ضررٌ، وإن كانت في مَحَلَّةٍ أو محالٍّ فالتفاوت بينهما يسيرٌ لأنها لا تفاوت في السكنى. والمنازلُ إن كانت في دارٍ متلازقةً كالبيوت، وإن كانت متفرّقةً يُقسَمُ كلُّ منزل على حِدَةٍ سواءٌ كانت في دارٍ أو محالٍّ لأنها تتفاوت في السكنى، لٰكن دون الدُّور فكان لها شِبْهٌ بكلٍّ واحدٍ منهما، فإذا كانت ملتزقةً ألحقناها بالبيوت، وإن كانت متباينةً بالدور.

وإذا قَسَم الدارَ يقسِم العَرْصةَ بالذراع، والبناءَ بالقيمةِ، ويجوز أن يفضِّل بعضَهم على بعض تحقيقاً للمعادلة في الصورة[1] والمعنى، أو في المعنى عند تعذُّر الصورة.

---

(١) في (س): الصور، والمثبت من (م).

. . . .

ولو اختلفا فقال بعضهم: نجعل قيمةَ البناء بذراع من الأرض، وقال الآخرُ: بالدراهم، فالأوّل أولى، لأنه إنما يقسِم الميراثَ، والدراهمُ ليس من الميراث، إلا إذا تعذّر بأن تكون قيمةُ البناء أضعافَ قيمة الأرض، أو يقعُ لأحدهما جميعُ البناء فيَجعل القسمةَ في البناء على الدراهم، لأنه ثبتت له القسمةُ فيتعدّى إلى ما لا يتأتّى إلا به، كالأخ وِلايتُه على النكاح دون المال، وله تسميةُ الصَّداق لما قلنا، وهٰذا مرويٌّ عن محمد. وعن أبي يوسف: يقسِم الكلَّ باعتبار القيمةِ لتعذُّر التعديل إلا بالقيمة. وعن أبي حنيفة: أنه يقسِمُ الأرضَ بالمِساحةِ على الأصل في الممسوحات، فمن كان نصيبُه أجودَ، أو وقع له البناءُ، يردُّ على الآخر دراهمَ حتى يساويَه، فتدخلُ الدراهم في القسمة ضرورةً، كولاية الأخ، وقول محمدٍ أحسنُ وأوفقُ للأصول.

ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضُهم: نرفع طريقاً بيننا، وامتنع الآخر، فإن كان يستقيم لكلٍّ واحدٍ طريق في نصيبه قَسَم بينهم بغير طريق، وإن كان لا يستقيمُ رُفِعَ بينهم طريقٌ ولا يُلتَفَت إلى الممتنِع لأنه تكميلُ المنفعة وتوفيرها، ويُجعل الطريق على عرض باب الدار، لأن الحاجة تندفعُ به، وهو على ما كان عليه من الشركة، وطريق الأرض قَدْر ما تمرُّ فيه البقر للحراثة[1]، لأنه لا بدّ من الزرع، ولو وقعت شجرةٌ في نصيب أحدِهما أغصانُها متدلِّية في نصيب الآخر، روى ابنُ

(١) في (س): الحراثة، والمثبت من (م).

رُسْتُم عن محمد: له أن يُجبره على قطعها، وروى ابن سَمَاعة: لا يُجبره لأنه استحقَ الشجرة بأغصانِها، وعليه الفتوى.

ولأحد الشريكين أن يجعل في نصيبه بئراً وبالوعةً وتنُّوراً وحمَّاماً وإن كان يضرُّ بحائط جاره، وله أن يسُدَّ كُوَّة الآخر لأنه يتصرّف في خالص ملكِه فلا يكون متعدّياً، وضررُ الجار حَصَل ضِمناً فلا يضمن، وكذٰلك لصاحب الحائط أن يفتح فيه باباً وإن تأذَّى جارُه لما ذكرنا، والكفُّ عما يؤذي الجار أحسن.

قال: (ويَقْسِمُ السَّهْمَينِ من العُلْوِ بِسَهمٍ من السُّفْلِ) وعند أبي يوسف: سهمٌ بسَهم، وعند محمد بالقيمةِ وعليه الفتوى، لأنهما أجناسٌ بالنظر إلى اختلاف المنافع، فإن السُّفل يصلُح إصطبلاً ولِحفرِ البئر والسِّرْداب، ولا كذٰلك العُلْو. وكذٰلك تختلف قيمتاهما باختلاف البلدان، فلا يمكن التعديلُ إلا بالقيمة، ولهما: أن الأصل في المزروع أن يُقسَم بالذِّراع، والمقصودُ الأصلي السكنى، إلا أن أبا يوسف قال: ذراعٌ بذراع، نظراً إلى ما هو المقصود، وهو السكنى، وهما يستويان فيها، ولكلٍّ واحد منهما أن يفعل في نصيبه ما لا يضرُّ بالآخر، والمنفعتان متماثلتان، فكما أن لصاحب السُّفل حفرُ البئر والسِّرْداب، لصاحب العُلْوِ أن يبني فوق عُلْوِه ما لم يضرَّ على أصلِه، ولأبي حنيفة: أن منفعة السُّفل ضِعفُ منفعةِ العلو، لأنها تبقى بعد فوات العلو، وفي السفل منفعةُ البناء والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير، وليس له التعلّي إلا بأمر صاحبه على أصله، فيُعتبر ذراعين بذراع نظراً إلى

ولا تَدخُلُ الدَّرَاهِمُ في القِسْمَةِ إلاَّ بتَراضِيهِم.

فصل

ينبغِي للقاسِمِ أن يُقْرِعَ بينَهُم، فَمَن خَرَجَ اسمُه على سَهْمٍ أخَذَه، . . . .

اختلاف المنفعة، ثم قيل: أبو حنيفة بَنَى على أصله: أنه ليس لصاحب العلو أن يبني على علُوِّه إلا برضا صاحبه، وعندهما: يجوز. وقيل: أجاب على عادةِ أهل الكوفة في اختيارهم السُّفل على العُلْو.

قال: (ولا تَدخُلُ الدَّرَاهِمُ في القِسْمَةِ إلاَّ بتَراضِيهِم) لأن القسمة في المشترك، ولا شركةَ في الدراهم، فإذا رضينا جاز لما بينا.

فصل

(ينبغِي للقاسِمِ أن يُقْرِعَ بينَهُم، فَمَن خَرَجَ اسمُه على سَهْمٍ أخَذَه) وذلك بعد ما يصوِّر ما يقسِمُه ويعدله على سهام القِسمة، ويَذْرَعُ الساحةَ، ويقوِّم البناء، لحاجته إلى معرفة ذلك، ويفرِزُ كلَّ نصيبٍ بحقوقه عن بقية الأنصِباء ليتحقق معنى القِسمة، ويُلقِّبُ الأنصباءَ بالأوّل والثاني والثالث، ثم يُخرِجِ القُرْعةَ كما تقدم، ويقسِم على أقلِّ الأنصباء، فإن كان سُدُساً جعلها أسداساً، أو ثُمُناً فأثماناً، لأنه إذا خرج أقلُّ الأنصباء خرج الأكثر، ولا كذلك بالعكس، ولو عين لكلِّ واحدٍ نصيباً، جاز من غير قُرعةٍ[1] لأنه في معنى القضاء، فيصحّ إلزامُه، أما القُرعة لتطييب النفوس ونفي التهمة والمَيل.

---

(١) في (س): ذرع، وفي (م): ضرر، وما أثبتناه من مطبوعة أبي دقيقة، وهو الصواب.

وليس لأحَدِهِمُ الرجُوعُ إذا قَسَمَ القاضِي أو نائبُه، فإن كانَ في نَصيبِ أحَدِهِم مَسيلٌ أو طَرِيقٌ لغيرِه ولم يشرط، فإن أمكَنَ صَرْفُه عنه صُرِفَ وإلا فُسِخَتِ القِسْمَةُ، وإذا أشهدُوا عليهم ثُمَّ ادّعَى أحَدُهُم أنَّ من نَصِيبِه شَيئاً في يَدِ صاحبِهِ لم تُقبَلْ إلاَّ ببَيِّنةٍ، . . . .

قال: (**وليس لأحَدِهِمُ الرجُوعُ إذا قَسَمَ القاضِي أو نائبُه**) لأنها صدرت عن ولايةٍ تامَّةٍ فلزِمَتْ كالقضاء، وكذٰلك ليس له ذٰلك إذا خرج بعضُ السهام، فكما لا يُلتَفَتُ إلى إبائِه قبل القِسمة لا يُلتَفَت إلى رجوعه بعدها، وكذٰلك إذا حصل التراضي وبُيِّنت الحدود، لأن المؤمنين عند شروطهم، وقيل: يصحُّ رجوعه إذا خرج بعضُ السهام إلا إذا بقي سهمٌ واحد لتعيُّنه للباقي.

قال: (**فإن كانَ في نَصيبِ أحَدِهِم مَسيلٌ أو طَرِيقٌ لغيرِه ولم يشرط[1]، فإن أمكَنَ صَرْفُه عنه صُرِفَ**) تحقيقاً لمعنى القِسمة وهو قطع الاشتراك.

(**وإلا فُسِخَتِ القِسْمَةُ**) لاختلالها، وتُستأنَف لأن المقصود تكميلُ المنفعة، ولا ذٰلك إلا بالطريق والمسيل.

قال: (**وإذا أشهدُوا عليهم ثُمَّ ادّعَى أحَدُهُم أنَّ من نَصِيبِه شَيئاً في يَدِ صاحبِهِ لم تُقبَلْ إلاَّ ببَيِّنةٍ**) لأنه مدَّعٍ، فإن لم تكن له بينة استُحلِف شركاؤه، فمن نَكَلَ جُمِع نصيبُه ونصيبُ المدَّعي فيُقسَم بينهما على قَدْر نصيبهما، لأن النُّكول حجةٌ على ما عُرف، وقيل: لا تُقبل دعواه للتناقض.

---

(١) في (م) لم يشترط.

وتُقبَلُ شَهادَةُ القاسِمينَ (م ف) على ذٰلك، وإن قالَ: قبَضْتُه ثُمَّ أخَذَه مِنِّي فَبَيِّنَتُه أو يَمِينُ خَصْمِه، وإن قال ذٰلك قَبلَ الإشهادِ تَحالفَا وفُسخَتِ القِسمَةُ، وإن استُحِقَّ بَعضُ نَصِيبِ أحَدِهِم رَجَعَ في نَصِيبِ صاحِبِه بِقِسْطِه (س).

قال: (وتُقبَلُ شَهادَةُ القاسِمينَ على ذٰلك) وقال محمد: لا تُقبل لأنها شهادةٌ على فعلهما. ولهما: أنهما شهدا بالاستيفاء، وهو فعلُ الغير، وبه تلزم القسمةُ فتُقبل، أما فعلُهما الإفراز وهو غير ملزِم، فلا حاجةَ إلى الشهادة عليه. وعن محمد مثل قولهما.

ومنهم من قال: إن كانت القسمة بأجرٍ لا تُقبل لأنها دعوى إيفاءِ عمل استؤجرا عليه، وجوابه أن أجرتهما وجبت باتفاق الخُصوم على إيفاءِ العمل، وهو التمييز، فلم تجرَّ لهما مَغنَماً فلا تُهمةَ.

(وإن قالَ: قبَضْتُه ثُمَّ أخَذَه مِنِّي فَبَيِّنَتُه أو يَمِينُ خَصْمِه) كسائر الدعاوى.

(وإن قال ذٰلك قَبلَ الإشهادِ تَحالفَا وفُسخَتِ القِسمَةُ) وكذٰلك إذا قال: لم يسلِّم إليَّ بعضَ نصيبي وهو نظيرُ الاختلاف في قَدْر المبيع، وسنُبيِّن التحالف وأحكامه في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى.

قال: (وإن استُحِقَّ بَعضُ نَصِيبِ أحَدِهِم رَجَعَ في نَصِيبِ صاحِبِه بِقِسْطِه) كما في البيع، وهٰذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: تُفسَخ القسمة، وهو قول محمد في رواية أبي سليمان، وروى أبو حفص أنه مع أبي حنيفة. وقيل: الخلافُ في بعضٍ شائع من نصيب أحدهما، أما المعيَّن لا يُفسخ بالإجماع، ولو استُحِقَّ نصيبٌ شائعٌ في الكلِّ

فصل

المُهايأةُ جائزَةٌ استِحساناً، . . . .

انفسخت بالإجماع. لأبي يوسف: أن بالاستحقاق ظَهَر شريكٌ ثالث، ولا قسمةَ بدون رضاه، والفقه فيه أن باستحقاق الجزء الشائعِ يبطُلُ معنى القِسمة، وهو التمييزُ والإفرازُ، لأنه يرجع بجزءٍ شائعٍ في نصيب الآخر بخلاف المعيَّن، وصار كاستحقاقِ الشائعِ في الكلّ، ولأبي حنيفة: أن القِسمة على هٰذا الوجه تجوزُ ابتداءً بأن يكون نصفُ الدار المقدَّمُ بينهما وبين ثالث، والمؤخَّر بينهما على الخصوص، فاقتسما على أن لأحدِهما نصيبَهما من المقدَّم وربعِ المؤخَّر، وللآخر ثلاثةَ أرباع المؤخَّر فإنه يجوز، وإذا جاز ذٰلك ابتداءً جاز انتهاءً، فمعنى القسمة موجودٌ وصار كالجزء المعيَّن، بخلاف الشائعِ في الكلِّ، لأن القسمة لو بقيت يتفرّقُ نصيبُ المستحِقِّ في الكلِّ فيتضرّر، ولا ضرَرَ هنا فافترقا.

فصل

(**المُهايأةُ**[1] **جائزَةٌ استِحساناً**) والقياس يأبى جوازَها لأنها مبادلةُ المنفعة بجنسِها نسيئةً لتأخُّر حقِّ أحدهما، إلا أنا استحسنَّا الجوازَ

---

(١) قال في «المصباح المنير»: المهايأة: المناوبة، تهايأ القومُ تهايؤاً، من الهيئة: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد: النوبة. وفي «اللسان»: المهايأة: أمر يتهايأ القومُ، فيتراضون به.

وقال المطرزي: التهايؤ: تفاعل من الهيئة: وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن كلاًّ منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها.

ولا تَبطُلُ بِمَوتِهِما ولا بِمَوتِ أحدِهِما، ولو طَلَبَ أحدُهُما القِسْمَةَ بَطَلَت، وتَجُوزُ في دارٍ واحِدَةٍ بأن يَسكنَ كُلٌّ منهما طائِفَةً، أو أحدُهُما عُلْوَها والآخَرُ سُفْلَها، . . . .

لقوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥] ولأن المنافع تُستَحَقُّ بعِوَضٍ وبغير عِوَض كالأعيان، والقسمةُ تجوز في الأعيان، فتجوزُ في المنافع، وهي مبادلةٌ معنى، إفرازٌ صورةً، حتى تجري في الأعيان المتفاوتةِ كالدُّور والعبيد دون المثليَّات، ويُجبر الممتنعُ إذا لم يكن الطالبُ متعنتاً وليس كالإجارة، لأن المنفعة تُستحقُّ هنا بالملك، ومعنى المعاوضة تَبَعٌ، ولهٰذا لا تُشترط فيها المدَّةُ، وفي الإجارة بالعقد، ولهٰذا يشترط ذكرُ المدَّة، لأنه لا يعلم قَدْرَ ما يستحقُّه من المنفعة إلا بذكرها، وليست كالعاريَّة لما بينا.

قال: (**ولا تَبطُلُ بِمَوتِهِما ولا بِمَوتِ أحدِهِما**) لأنا نحتاج إلى إعادتها بطلب الوارِثَين أو أحدِهما بخلاف الإجارة والعاريَّة.

قال: (**ولو طَلَبَ أحدُهُما القِسْمَةَ بَطَلَت**) المهايأةُ، معناه فيما يحتمل القسمةَ، لأن القسمةَ أقوى من استكمال المنفعةِ، ولو طلب أحدُهما القسمةَ والآخرُ المهايأةَ قَسَم لما بينا، وبل أولى.

قال: (**وتَجُوزُ في دارٍ واحِدَةٍ بأن يَسكنَ كُلٌّ منهما طائِفَةً، أو أحدُهُما عُلْوَها والآخَرُ سُفْلَها**) لأن القسمة على هٰذا الوجه جائزةٌ، فكذا المهايأة لأن المنفعة غيرُ مختلفة، وبيان المكان يقطع المنازعةَ، وهٰذه إفرازٌ للنصيب وليست مبادلةً.

ولِكُلّ واحِدٍ منهما إجارَةُ ما أصابَه وأخذُ غَلَّتِه، وتجُوزُ في عَبْدٍ واحدٍ يَخدُمُ هٰذا يوماً وهٰذا يوماً، وكَذا في البَيتِ الصَّغيرِ، وفي عَبدَينِ يَخدُمُ كُلُّ واحِدٍ واحِداً، ....

(**ولِكُلّ واحِدٍ منهما إجارَةُ ما أصابَه وأخذُ غَلَّتِه**) لأنها قسمةُ المنافع وقد مَلَكها، فله استغلالها، وشَرَط بعضُهم في جواز الاستغلال أن يُشرَطَ في العقد كالعاريَّة، وليس بشيءٍ، وجوابه ما مرَّ، ولو تهايآ في دارَين على أن يسكن كلُّ واحد داراً جاز جَبْراً واختياراً، وهٰذا عندهما ظاهر اعتباراً بقسمة الأصل، أما عندَه: قيل: لا يُجبَر كما في القسمة، وقيل: لا يجوز أصلاً، لأنه بيع السَّكني بالسَّكني، بخلاف القسمة لأنه بيعُ بعض أحدِهما ببعض الأخرى وأنه جائز، وقيل: يجوز مطلقاً لقلَّةِ التفاوت في المنافع ويكون إفرازاً.

قال: (**وتجُوزُ في عَبْدٍ واحدٍ يَخدُمُ هٰذا يوماً وهٰذا يوماً، وكَذا في البَيتِ الصَّغيرِ**) لأن المُهايأة تكون في الزمان والمكان استيفاءً للمنفعة بقَدْر الإمكان، وقد تعذَّر المكانُ فيتعيَّن الزمان.

قال: (**وفي عَبدَينِ يَخدُمُ كُلُّ واحِدٍ واحِداً**) ولا إشكال على أصلِهما، لأن عندهما تجوز قسمة الرقيق جَبْراً واختياراً فكذا منفعتُهم، وأما عند أبي حنيفة فالقياسُ على عدم جواز القسمة يمنعُ الجوازَ، لٰكنَّ الصحيح الجوازُ لقلَّة التفاوت في الخدمة، ولا كذٰلك في الأعيان لما مرَّ.

فإن شَرَطا طَعامَ كلِّ عبدٍ على مَن يَخدُمُه جازَ، وفي الكِسْوَةِ لا يَجُوزُ، ولا تَجُوزُ في غَلَّةِ عبدٍ ولا عَبدَينِ (سم)، ولا في رُكُوبِ دابَّةٍ ولا دابَّتَينِ، . . . .

قال: (فإن شَرَطا طَعامَ كلِّ عبدٍ على مَن يَخدُمُه جازَ، وفي الكِسْوَةِ لا يَجُوزُ) لأن العادة جرت بالمُسامحة في الطعام دون الكِسوة، ولقلَّة التفاوت في الطعام وكثرتِها في الكِسوة، فإن وقَّتا شيئاً من الكِسوة معروفاً جاز استحساناً، لأن عند ذكر الوصف ينعدمُ التفاوت أو يقلُّ.

قال: (ولا تجوزُ في غَلَّةِ عبدٍ ولا عَبدَينِ) وقالا: تجوز في العبدين، لأن الغَلَّة بدلُ المنفعة فتجوز كالمنفعة، ولأن التفاوتَ في استغلال العبدين إذا استويا في الحِرفَة والمنفعةِ قليلٌ، وقيل: هٰذا بناء على اختلافهم في القِسمة، ولهٰذا لا تجوز في الواحد إجماعاً، وله أن الأجرةَ تجبُ بالعمل حتى لو سلَّمه ولم يعمل لا أجرَ له وكان فيه خطر، ولأنه ربما لا يجدُ من يستأجرُه فلا تقع المعادلة، والتفاوت بينهما فاحشٌ لتفاوتهما في الأمانة والحَذَاقَة والهِداية إلى العمل، فتكون أجرتُه أكثرَ من الآخر فلا توجد المعادلة، وعلى هٰذا الخلاف غلَّة الدابَّتين، ولا تجوز في العبدِ الواحدِ ولا في الدابة، وتجوزُ في الدار الواحدة، والفَرْقُ: أن أحدَ النصيبين يتقدّم على الآخر في الاستيفاء، والاعتدالُ ثابتٌ وقتَ المهايأة، والظاهر بقاؤه في العَقَار دون الحيوان، لتوالي أسباب التغيُّر عليه دون العقار، فتفوت المعادلةُ فيه.

(ولا) تجوز (في رُكُوبِ دابَّةٍ ولا دابَّتَينِ) لأن الركوب يختلف باختلاف الراكبِ، لأن منهم حاذقٌ وجاهلٌ فلا تحصل المعادلةُ،

ولا في ثَمرَةِ الشَّجَرِ، ولا في لَبنِ الغَنَم وأولادِها، وتَجُوزُ في عَبدٍ ودارٍ على السُّكنَى والخِدمَةِ، وكذٰلكَ كُلُّ مُختَلِفي المَنفَعَةِ.

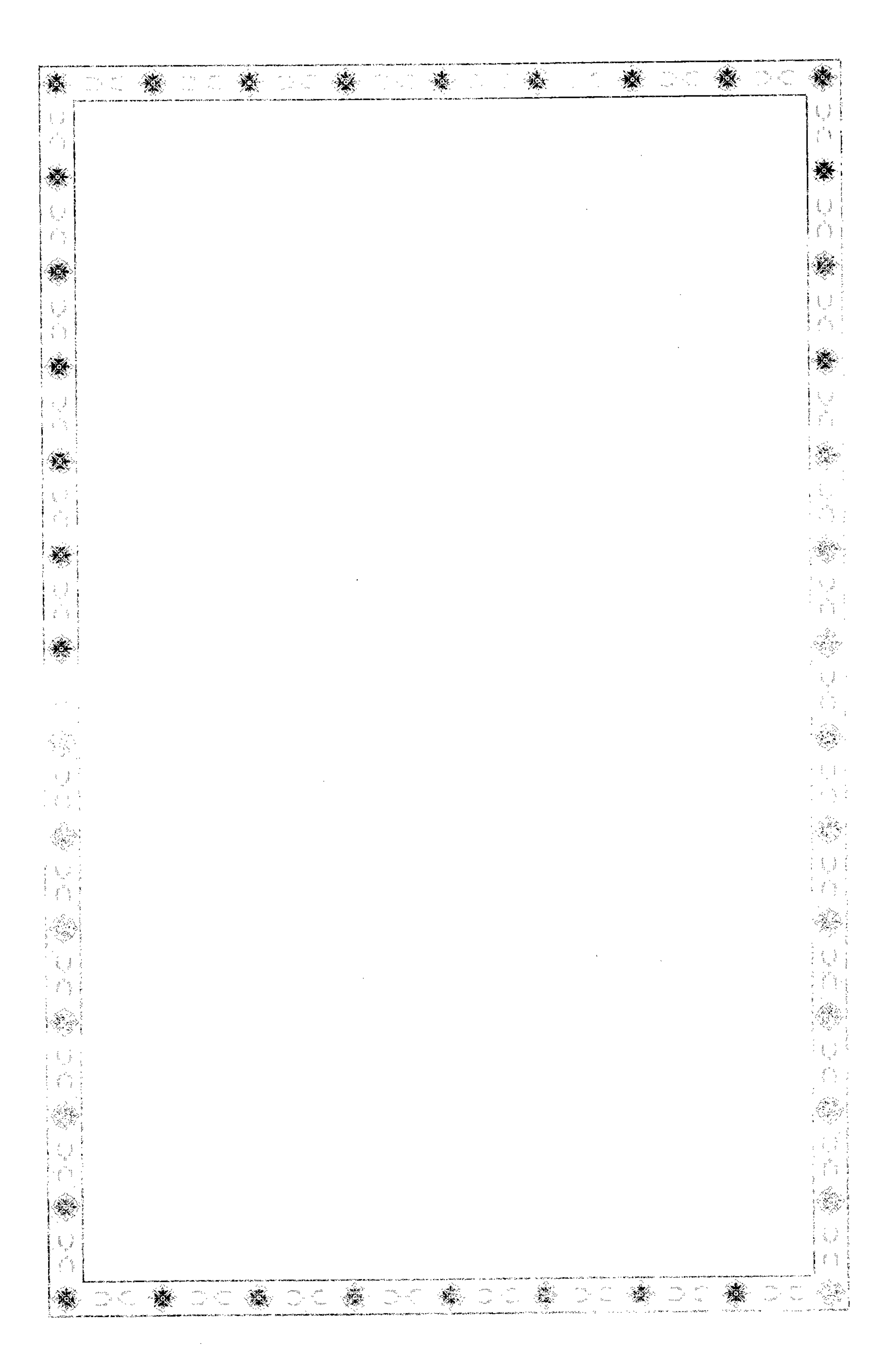
بخلاف العبد فإنه يخدُم باختيارِه فلا يتحمل فوقَ طاقتِه، وهٰذه العلة في استغلال الدوابِّ أيضاً.

قال: (ولا) تجوز (**في ثَمرَةِ الشَّجَرِ، ولا في لَبنِ الغَنَم وأولادِها**) لأن المهايأة قسمةُ المنافع، وفي هٰذا تُستحَقُّ الأعيان، وما يحصل من ذلك يتفاوت، ولا تجوزُ قسمة الأعيان إلا بالتعديل، ولأن قسمةَ المنافع قبل وجودها ضروريةٌ، لأنه لا يمكن قسمتُها بعد الوجود، ولا ضرورةَ في الأعيان.

قال: (**وتَجُوزُ في عَبدٍ ودارٍ على السُّكنَى والخِدمَةِ**) لأن المقصود منهما يجوزُ عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى.

قال: (**وكذٰلكَ كُلُّ مُختَلِفَي المَنفَعَة**) كسُكنى الدار وزَرْعِ الأرض، وكذا الحمَّامُ والدارُ، لأن كلَّ واحدة من المنفعتين يجوزُ استحقاقُها بالمهايأة، والله أعلم.





كتاب أدب القاضي

. . . .

كتاب أدب القاضي

الأدب: هو التخلُّق بالأخلاق الجميلة والخِصال الحميدة في معاشَرةِ الناس ومعاملتهم.

وأدبُ القاضي: التزامُه لما نَدَب إليه الشرعُ من بَسْط العدل ورفع الظلم، وتَرْك المَيل، والمحافظةِ على حدود الشرع، والجَرْي على سَنَن السُّنة على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

والقضاءُ في اللغة له معانٍ: يكون بمعنى الإلزام، قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣]، وبمعنى الإخبار، قال تعالى: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ [الإسراء: ٤]، وبمعنى الفَرَاغ، قال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ﴾ [الجمعة: ١٠]، وبمعنى التقدير، يقال: قَضَى الحاكمُ النفقة، أي: قدَّرها، ويُستعمل في إقامة الشيء مقامَ غيرِه، يقال: قضى فلان[١] دينَه: أي أقامَ ما دفعه إليه مقامَ ما كان في ذِمَّته.

---

(١) في (س): فلاناً بالنصب، والمثبت من (م).

وفي الشرع: قولٌ مُلزِمٌ يصدُرُ عن ولايةٍ عامةٍ. وفيه معنى اللغة، فكأنه ألزَمَه بالحُكم وأخبره به، وفرَغ من الحكم بينهما، أو فرَغا من الخُصومة، وقدَّر ما عليه وما لَه وأقام قضاءَه مقام صُلْحِهما وتراضِيهما، لأن كلَّ واحدٍ منهما قاطعٌ للخُصومة.

اعلم أن (**القَضاء بالحَقّ من أقوَى الفَرَائِضِ وأشرَفِ العِباداتِ**) وما من نبيٍّ من الأنبياء إلا وأمَرَه الله تعالى بالقضاء، وأثبَتَ لآدمَ اسمَ الخَليفة، وقال لنبينا عليه أفضلُ الصلاة والسلام: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقال لداودَ: ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾ [صَ: ٢٦]، ولأن فيه الأمرَ بالمعروف والنهيَ عن المنكر، وإظهارَ الحقِّ، وإنصافَ المظلوم من الظالم، وإيصالَ الحقِّ إلى مستحِقِّه، ولأجل هٰذه الأشياء شَرَع الله تعالى الشرائعَ، وأرسلَ الرسل عليهم السلام.

والقضاءُ على خمسةِ أوجهٍ:

واجبٍ، وهو أن يتعيَّن له، ولا يوجَدَ من يَصلُحُ غيرُه، لأنه إذا لم يفعل أدَّى إلى تضييع الحُكم، فيكون قَبولُه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكَر، وإنصافَ المظلومين من الظالمين، وأنه فرضُ كفايةٍ.

ومستحبٍّ، وهو أن يوجَدَ من يَصلُحُ لٰكن هو أصلَحُ وأقْوَمُ به.

ومخيَّرٍ فيه، وهو أن يستوي هو وغيرُه في الصلاحية والقيام به، فهو مخيَّرٌ، إن شاء قَبِلَه، وإن شاء لا.

ومكروهٍ، وهو أن يكون صالحاً للقضاء، لٰكن غيرَه أقْوَمُ به وأصلَحُ.

وحرام، وهو أن يعلم من نفسِه العجزَ عنه، وعدَمَ الإنصاف فيه لما يعلم من باطنِه من اتِّباع الهوى ما لا يعرفونه، فيحرُمُ عليه.

ويكون رِزقُه وكفايتُه وكفايةُ أهلِه وأعوانِه ومَن يمونُهم من بيت المال، لأنه محبوسٌ لِحَقِّ العامة، فلولا الكفايةُ ربما طَمِع في أموال الناس، ولهٰذا قالوا: يُستحبُّ للإمام أن يقلِّد القضاءَ من له ثروةٌ لئلا يطمَعَ في أموال الناس، وإن تنزَّه فهو أفضل. وأبو بكر الصدِّيق رضي الله عنه لما وَلِيَ الخلافةَ خرج إلىالسوق ليكتسِبَ، فردَّه عمرُ، ثم أجمعوا على أن جعلوا له في كلِّ يومٍ درهمين، وكان عندَه عباءةٌ قد اشتراها من رِزْقِه، فلما حضرته الوفاة قال لعائشةَ: أعطيها عمرَ ليردَّها إلى بيت المال، فدلَّ على أنه إذا استغنى لا يأخذُ، وهو المختار.

قال: (والأَوْلى أن يَكونَ القاضِي مُجتَهِداً) لأن الحادثةَ إذا وقعت يجبُ طلبُها من الكتاب، ثم من السُّنة، ثم من الإجماع، فإن لم يوجَد في شيءٍ من ذٰلك استعمَلَ الرأي والاجتهادَ، ويشهد له حديثُ معاذٍ حين بعثه رسولُ الله ﷺ إلى اليمن، وولَّاه الحكمَ بها، فقال له: «كيف تصنعُ إن عَرَضَ لك[1] حُكْمٌ؟» قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: «فإن لم تَجِدْ؟» قال: بما في سُنَّة رسول الله، قال: «فإن لم تجد؟» قال: أجتهدُ رأيي، فقال ﷺ: «الحمدُ لله الذي وَفَّق رسولَ

(١) لفظة: «لك» سقطت من (س)، والمثبت من (م)، ومصادر التخريج.

. . . .

رسولِ الله لما يُرضِي الله ورسولَه»[1]، وإنما لم يذكر الإجماعَ لأنه لا

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٢) و(٣٥٩٣)، والترمذي (١٣٢٨)، وهو في «المسند» (٢٢٠٠٧) من حديث شعبة، عن أبي عون الثقفي، عن الحارث بن عمرو بن أخي المغيرة بن شعبة، عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ، عن معاذ: أن رسول الله ﷺ. . . وقد ضُعف بجهالة الحارث بن عمرو، وبجهالة شيوخه الذين روى عنهم، لكن مال إلى القول بصحته غير واحد من المحققين منهم أبو بكر الرازي وأبو بكر ابن العربي، والخطيب البغدادي وابن قيم الجوزية، وقالوا: إن الحارث بن عمرو ليس بمجهول العين، لأن شعبة بن الحجاج يقول عنه: إنه ابن أخي المغيرة بن شعبة، ولا بمجهول الوصف، لأنه من كبار التابعين في طبقه شيوخ أبي عون الثقفي المتوفى سنة ١١٦هـ، ولم ينقل أهل الشأن جرحاً مفسراً في حقه، ولا حاجة في الحكم بصحة خبر التابعي الكبير إلى أن ينقل توثيقه عن أهل طبقته، بل يكفي في عدالته وقبول روايته ألا يثبت فيه جرح مفسر عن أهل الشأن لما ثبت من بالغ الفحص على المجروحين من رجال تلك الطبقة، فمن لم يثبت فيه جرح مؤثر منهم، فهو مقبول الرواية، والشيوخ الذين روى عنهم هم من أصحاب معاذ، ولا أحدٌ من أصحاب معاذ مجهولاً، ويجوز أن يكون في الخبر إسقاط الأسماء عن جماعة، ولا يدخله ذلك في حيِّز الجهالة، وإنما يدخل في المجهولات، إذا كان واحداً، فيقال: حدثني رجل أو إنسان، وشهرة أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحل الذي لا يخفى، وقد خرج البخاري (٣٦٤٢) الذي شرط الصحة، حديث عروة البارقي: سمعت الحي يحدثون عن عروة، ولم يكن ذلك الحديث في جملة المجهولات، وقال مالك في «الموطأ» ٢/ ٨٧٧ في القسامة: أخبرني رجال من كبراء قومه، وفي صحيح مسلم (٩٤٥) عن الزهري، حدثني رجال عن أبي هريرة: «من صلى على جنازة فله قيراط». =

فإن لم يُوجَد فيَجِبُ أن يكُونَ من أهلِ الشَّهادَةِ، مَوثُوقاً به في دِينه وأمانتِه وعَقلِه وفَهمِه، عالِماً بالفِقْهِ والسُّنَّةِ، وكذٰلكَ المُفتي، . . . .

إجماعَ مع وجوده عليه السلام، لأنه بمنزلة القياس مع النصِّ بعدَه عليه السلام.

قال: (**فإن لم يُوجَد فيَجِبُ أن يكُونَ من أهلِ الشَّهادَةِ، مَوثُوقاً به في دِينه وأمانتِه وعَقلِه وفَهمِه، عالِماً بالفِقْهِ والسُّنَّةِ، وكذٰلكَ المُفتي**) أما أهليَّةُ الشهادة، فلأنها من باب الولايةِ، والقضاءُ أقوى وأعمُّ ولايةً، وكلُّ مَن كان مِن أهل الشهادة كان من أهل القضاء، ومَن لا فلا، فلا تجوز وِلايةُ الصبيِّ والمجنون والعَبدِ، لأنه لا وِلايةَ لهم، ولا الأعمى لأنه ليس من أهل الشهادة، ولِوُجودِ الالتباسِ عليه في الصوت وغيرِه؛ والأُطْرُوش[1] يجوز، لأنه يفرِّق بين المدَّعِي والمدَّعَى عليه، ويميِّز بين الخُصوم، وقيل: لا يجوز لأنه لا يسمع الإقرارَ، فربما ينكِرُ إذا استعادَه فتضيع حقوقُ الناس، والفاسقُ يجوز قضاؤُه كما تجوز شهادتُه، ولا ينبغي أن يولَّى، كما لا ينبغي أن يُعمَلَ بشهادتِه، وفي «النوادر» عن أصحابنا: أنه لا يجوز قضاؤه، ولو فَسَقَ بعد الولاية استحَقَّ العزلَ ولا ينعزلُ، وقيل: ينعزلُ لأن الذي ولاَّه ما رضي به إلا

= وقوله: «أجتهد رأيي»: لم يُرد به الرأي الذي يسنح له من قِبَلِ نفسه، أو يخطر بباله على غير أصل من كتاب، أو سنة، بل أراد به ردّ القضية إلى معنى الكتاب والسنّة من طريق القياس.

(١) الأُطروش: الأصم.

. . . .

عَدْلاً، ويُشترط دِينُه وأمانتُه لأنه يتصرَّف في أموال الناس ودمائِهم، ولا يُوثَق على ذٰلك مَن لا أمانةَ له، وكذٰلك العقلُ لأنه الأصل في الأمور الدِّينية. وأما الفهمُ فَلِيَفهم معاني الكتاب والحديث، وما يَرِدُ عليه من القضايا والدَّعاوى وكتب القُضاةِ وغيرِ ذٰلك. وأما العلمُ بالفقه والسُّنة فلأنه إذا لم يعلم بذٰلك لا يقدِرُ على القضاء، ولا يعلمُ كيف يقضي. وعن أبي يوسف: لأن يكون القاضي وَرِعاً أحبُّ إليَّ من أن يكون مجتهداً، وقال: إذا كان عالماً بالفرائِضِ يكفي في جواز القضاء، وقيل: يجوز تقليدُ الجاهل لأنه يَقدِرُ على القضاء بالاستفتاء، والأولى أن يكون عالِماً، قال عليه السلام: «مَن قلَّد إنساناً عَمَلاً وفي رَعِيَّته من هو أولى منه فقد خانَ اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين»[1].

---

(١) أخرجه مسدد في «مسنده» كما في «إتحاف الخيرة» ٧/ ١٧٩، والعقيلي في «الضعفاء» ١/ ٢٤٨، وابن عدي في «الكامل» ٢/ ٧٦٣، والحاكم في «المستدرك» ٤/ ٩٣ من طريق حسين بن قيس، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من استعمل رجلاً من عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه، فقد خان الله وخان رسوله وخان جميع المؤمنين». قال العقيلي: إنما يعرف من كلام عمر. وحسين بن قيس واهي الحديث.

وأخرجه ضمن حديث الطبراني في «الكبير» (١١٢١٦) من طريق حمزة النصيبي ـ وهو ضعيف ـ عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس وفيه: «من تولى من أمراء المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذٰلك، وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله، فقد خان الله ورسوله وجميع المؤمنين». =

وكذٰلك المُفتي، لأن الناس يرجعون إلى فَتْواه في حوادِثِهم، ويقتدون به ويعتمِدون قولَه، فينبغي أن يكون بهٰذه الأوصاف. والفاسدُ لا يصلُح أن يكون مفتياً، لأنه لا يُقبَل قولُه في أخبار الدِّيانات، وقيل: يصلُح لأنه يتحرَّزُ لئلا يُنسَبَ إلى الخطأ.

قال: (ولا يَطلُبُ الوِلايَةَ) لقوله عليه السلام لعبدِ الرحمٰن بن سَمُرةَ: «يا عبدَ الرحمٰن[1]، لا تسألِ الولايةَ، فإنكَ إن سألتَها وُكِلْتَ

= وأخرجه ضمن حديث الخطيب في «تاريخه» ٦/٧٦ من طريق إبراهيم بن زياد القرشي، عن خصيف، عن عكرمة، عن ابن عباس، وفيه: «ومن استعمل رجلاً وهو يجد غيره خيراً منه وأعلم منه بكتاب الله وسنة نبيه، فقد خان الله ورسوله وجميع المؤمنين. . . وإبراهيم بن زياد مجهول.

وأخرج أبو يعلى في «مسنده» كما في «نصب الراية» ٤/ ٦٢-٦٣: حدثنا أبو وائل خالد بن محمد البصري، حدثنا عبد الله بن بكر السهمي حدثنا خلف بن خلف، عن إبراهيم بن سالم، عن عمرو بن ضرار، عن حذيفة، عن النبي ﷺ قال: «أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس، وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه، فقد غش الله ورسوله، وجماعة المسلمين».

وانظر حديث أبي بكر الصديق في «المسند» برقم (٢١)، وفيه: «من ولي من أمر المسلمين شيئاً، فأَمَّرَ عليهم أحداً مُحاباة فعليه لعنة الله، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً حتى يدخله جهنم». وإسناده ضعيف.

(١) وقع في (س): «لأبي عبد الرحمٰن بن سمرة يا أبا عبد الرحمٰن» وهو خطأ، والصواب ما أثبتنا كما في نسخة (م) و«الصحيحين».

إليها، وإن أُعطيتَها أُعِنْتَ عليها»[١]، وقال عليه السلام: «من طَلَبَ عملاً فقد غَلَّ»[٢]، وعن عمر: ما عَدَلَ مَن طلب القضاء[٣].

قال: (ويُكْرَه الدّخُولُ فيه لِمَن يَخافُ العَجْزَ عن القِيامِ به) لما فيه من المحذور، وقيل: يُكرَه الدخول لمن يدخلُه مختاراً، لقوله عليه

---

(١) أخرجه من حديث عبد الرحمٰن بن سمرة البخاري (٦٦٢٢)، ومسلم (١٦٥٢)، وهو في «المسند» (٢٠٦١٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٤٨). ولفظه: «يا عبد الرحمٰن بن سمرة لا تسأل الإمارة، فإنك إن أوتيتها عن مسألة وُكِلت إليها، وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها...».

(٢) هٰذا الحديث لم نقف عليه، وكذٰلك العلامة قاسم ابن قطلوبغا بيض له ولم يخرجه، وقوله: «من طلب عملاً» معناه من طلب القضاء أو الولاية، وقوله: «فقد غَلَّ»: من الإغلال، وهي الخيانة. وقد جاء في معناه حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من طلب قضاء المسلمين حتى ينالَه، ثم غلب عدلُه جورَه فله الجنة، ومن غلب جورُه عدلَه فله النار» أخرجه أبو داود (٣٥٧٥)، وفي سنده موسى بن نجدة الحنفي اليماني وهو مجهول.

وحديث أبي الدرداء رفعه: «ما من والي ثلاثة إلا لقي الله مغلولة يمينه فكَّه عدلُه، أو غَلَّه جورُه» أخرجه ابن حبان في «صحيحه» (٤٥٢٥) وسنده ضعيف جداً. قال ابن الأثير في «النهاية»: «فكَّه عدله أو غلَّه جوره»، أي: جعل في يده وعنقه الغُلَّ، وهو القيد المختص بهما.

(٣) ذكره ابن قطلوبغا في كتابه «تخريج أحاديث الاختيار» وبيض له. قلنا: وفي معناه ما أخرجه أبو داود (٣٥٧٨)، وابن ماجه (٢٣٠٩)، والترمذي (١٣٢٣)، وهو في «المسند» (١٢١٨٤) من حديث أنس، ولفظه: «من طلب القضاء واستعان عليه وُكِل إليه، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه، أنزل الله ملكاً يُسَدِّدُه». وإسناده ضعيف لضعف عبد الأعلى الثعلبي أحد رواته.

السلام: «من وَلِيَ القضاءَ فكأنَّما ذُبِح بغير سِكِّين»[1]، قيل: معناه: إذا طَلَبَ، وقيل: إذا لم يكن أهلاً.

قال: (ولا بأْسَ به لِمَنْ أَمِنَ على نَفْسِه أداءَ فَرْضِه) لأن كبارَ الصحابةِ والتابعين تقلَّدوه وكفى بهم قُدْوةً، والنبيُّ عليه السلام ولَّاه عليّاً[2]، ولو كان مكروهاً لما ولَّاه. وقال عليه السلام: «إذا حَكَمَ الحاكمُ فأصابَ فله أجران»[3].

---

(١) حديث حسن، أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود (٣٥٧١) و(٣٥٧٢)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، والترمذي (١٣٢٥)، والنسائي في «الكبرى» (٥٩٢٤)، وهو في «المسند» (٧١٤٥). وانظر تمام تخريجه والتعليق عليه فيه.

(٢) أخرج أبو داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، وهو في «المسند» (٦٩٠) و«صحيح ابن حبان» (٥٠٦٥) من حديث علي قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله تُرسلُني وأنا حديثُ السِّنِّ ولا عِلْم لي بالقضاء، فقال: «إن الله سيهدي قلبَك، ويُثَبِّت لسانَك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعتَ من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء». قال: فما زلت قاضياً أو ما شَكَكْتُ في قضاءٍ بعد. واللفظ لأبي داود. وهو حديث حسن لغيره.

(٣) أخرجه من حديث عمرو بن العاص البخاري (٧٣٥٢)، ومسلم (١٧١٦)، وهو «المسند» (١٧٧٧٤)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٦١).

وأخرجه من حديث أبي هريرة البخاري بإثر (٧٣٥٢)، ومسلم (١٧١٦)، وهو في «المسند» بإثر حديث رقم (١٧٧٧٤)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٦٠). وانظر تمام تخريجهما في «المسند».

وَمَن تَعَيَّنَ له يُفتَرَضُ عليه الوِلايَةُ، ويجُوزُ التَّقليدُ مِن وُلاةِ الجَورِ. ويجُوزُ قَضاءُ المَرأةِ (ف) فِيما تُقبَلُ شَهادَتُها فيه.

واختيارُ أبي بكر الرازي الامتناعُ عنه، وقيل: الدخولُ فيه رخصةٌ والتركُ عزيمةٌ، وهو الصحيح.

(**ومَن تَعَيَّنَ له يُفتَرَضُ عليه الوِلايَةُ**) وقد بيناه، ولو امتَنَع لا يُجبَر عليه. ولو كان في البلد جماعةٌ يصلُحون وامتَنَعوا، والسلطانُ يَفْصِلُ بين الخُصوم لم يَأثَموا، وإن كان لا يُمكنُه ذٰلك أَثِموا، وإن امتنعوا حتى قَلَّدها جاهلاً أَثِمَ الكُلُّ.

قال: (**ويجُوزُ التَّقليدُ مِن وُلاةِ الجَورِ**) لأن الصحابةَ تقلَّدوه مِن معاويةَ، وكان الحقُّ مع عليٍّ رضي الله عنه[1]، والتابعون تقلَّدوه من الحَجَّاج مع جَورِه، ولأن فيه إقامةَ الحقِّ، ودفعَ الظُّلمِ، حتى لو لم يمكِّنْه من ذٰلك لا يجوز له الولايةُ منه.

قال: (**ويجُوزُ قَضاءُ المَرأةِ فِيما تُقبَلُ شَهادَتُها فيه**) إلا أنه يُكره لما فيه من محادثة الرجال، ومبنى أمرِهِنَّ على السَّتْر. وروي عن أبي

---

(١) قال الإمام الزيلعي في «نصب الراية»: ٤/ ٦٩ تعليقاً على قول صاحب «الهداية»: والحق كان بيد علي في نوبته: الدليل عليه قوله ﷺ: لعمار: «تقتلك الفئة الباغية» ولا خلاف أنه كان مع علي، وقتله أصحاب معاوية.

قال إمام الحرمين في «الإرشاد» ص٤٣٣: وعلي رضي الله عنه كان إماماً حقاً في ولايته، ومقاتلوه بُغاة، وحسن الظن بهم يقتضي أن يُظن بهم قصد الخير وإن أخطؤوه، وأجمعوا على أن علياً كان مصيباً في قتال أهل الجمل وهم طلحة والزبير وعائشة ومن معهم، وأهل صِفين، وهم معاوية وعسكره.

وانظر لزاماً «منهاج السنة» ٤/ ٤١٣-٤٢٦ لشيخ الإسلام ابن تيمية.

فإذا قُلِّدَ القَضَاءَ يَطلُبُ دِيوَانَ القاضِي الَّذي قَبْلَه، ويَنظُرُ في خرائِطِه وسِجِلاَّتِه، وعمِلَ في الودائِعِ وارتِفاعِ الوُقُوفِ بما تَقُومُ به البَيِّنَةُ، أو باعتِرَافِ مَن هو في يَدِه، ولا يَعمَلُ بِقَولِ المَعزُولِ إلاَّ أن يَكُونَ هو الَّذي سَلَّمَها إليه.

حنيفة أنه قال: لا يُترَك القاضي على القضاء إلا حَوْلاً، لأنه إذا اشتغل بالقضاء ينسَى العلمَ، فيعزلُه السلطانُ بعد الحول، ويَستبدلُ به حتى يشتغلَ بالدرس.

قال: (فإذا قُلِّدَ القَضَاءَ) ينبغي له أن يتقي الله تعالى، ويُؤْثِرَ طاعتَه، ويعملَ لمَعَادِه، ويقصِدَ إلى الحقِّ بجهدِه فيما تقلَّده.

و(يَطلُبُ دِيوَانَ القاضِي الَّذي قَبْلَه ويَنظُرُ في خرائِطِه وسِجِلاَّتِه) لأنها وُضِعت لتكون حُجّةً عند الحاجة، فتُجعل في يد المتولِّي لأنه يحتاج إليها ليَعمَل بها.

قال: (وعمِلَ في الودائِعِ وارتِفاعِ الوُقُوفِ بِما تَقُومُ به البَيِّنَةُ) لأنه حجةٌ شرعيةٌ.

(أو باعتِرَافِ مَن هو في يَدِه) لأنه أمينٌ.

(ولا يَعمَلُ بِقَولِ المَعزُولِ) لأنه شاهدٌ، وشَهادةُ الفرد لا عَمَل بها.

قال: (إلاَّ أن يَكُونَ هو الَّذي سَلَّمَها إليه) لأن يدَه كيدِه، فيكون أميناً فيه.

وينبغي أن يبعث رجلين من ثقاتِه، والواحدُ يكفي، فيَقبضان من المعزول دِيوانَه، وهو ما ذكرنا من الخَرائطِ والسِّجلات، فيَجمعان كلَّ نوع في خريطةٍ حتى لا يَشْتَبِه على القاضي، ويسألان المعزولَ شيئاً

فشيئاً لينكشِفَ ما يُشْكِلُ عليهما، ويختِمان عليه، وهٰذا السؤال ليس للإلزام بل لينكشفَ به الحال، فإن أبى المعزولُ أن يدفع إليهما النُّسَخَ أُجبرَ على ذٰلك، سواء كان البياض من بيت المال، وهو ظاهرٌ لأنه لمصالح المسلمين، أو من الخُصوم لأنهم وضعوها في يده للعمل بها، أو من مالِه لأنه فعله تديُّناً لا تموُّلاً، ويأخذان الودائعَ وأموالَ اليتامى، ويكتبان أسماءَ المحبوسينَ، ويأخُذان نُسختَهم من المعزول لينظر المولى في أحوالهم، فمن اعترَفَ بحقٍّ أو قامت عليه بيِّنةٌ ألزَمَه عملاً بالحُجَّة، وإلا نادى عليه في مجلسه: مَن كان يُطالب فلاناً المحبوسَ بحقٍّ فليَحضُرْ، فمَن حَضَرَ وادَّعى عليه، ابتدأ الحكم بينهم، وينادي أياماً على حسب ما يرى القاضي، وإن لم يحضر لا يخلِّيه حتى يستظهر في أمرِه، فيأخذَ منه كفيلاً بنفسه لاحتمال أنه محبوسٌ بحقٍّ غائبٍ وهو الظاهر، لأن فِعْلَ المعزول لا يكون عَبَثاً.

(ويَجلِسُ لِلقَضَاءِ جُلُوساً ظاهِراً في المَسجِدِ) لأن رسولَ الله ﷺ كان يفصِلُ بين الخُصوم في المسجد[1]، وكذا الخلفاءُ الراشدون

---

(١) أخرج البخاري (٤٢٣) و(٥٣٠٩)، ومسلم (١٤٩٢) (٣) من حديث سهل بن سعد: أن رجلاً من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقتله أم كيف يفعل؟ فأنزل الله في شأنه ما ذكر في القرآن من أمر المتلاعنين، فقال النبي ﷺ: «قد قضى الله فيك وفي امرأتك» فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد. . . الحديث. =

. . . .

بعدَه[1]، ودَكَّةُ عليٍّ رضي الله عنه في مسجد الكوفة إلى الآن معروفةٌ. وقال عليه السلام: «إنما بُنِيتِ المساجدُ لذِكر الله تعالى وللحُكْم»[2]، ولئلا يَشْتَبِهَ على الغُرَباء مكانُه.

= وأخرج أبو يعلى (٢٦٤٩)، والطبراني في «الكبير» (١٠٧٠١)، والدارقطني (٣٣٥٣) من حديث ابن عباس قال: بينما رسول الله ﷺ يخطب الناسَ يوم الجمعة، أتاه رجل من بني ليث بن بكر بن عبد مناة بن كنانة يتخطى الناس حتى اقترب إليه فقال: يا رسول الله أقم عَليَّ الحد، فقال له النبي ﷺ: «اجلس»، فجلس ثم قام الثانية، فقال: «اجلس»، ثم قام في الثالثة فقال مثل ذٰلك، فقال: «وما حدك؟» قال: أتيت امرأة حراماً، فقال النبي ﷺ لرجال من أصحابه فيهم علي ابن أبي طالب، والعباس، وزيد بن حارثة، وعثمان بن عفان: «انطلقوا به فاجلدوه مئة جلدة»... الحديث. وفي إسناده القاسم بن فياض وهو ضعيف.

(١) لاعن عمر عند منبر النبي ﷺ وقضى شريح والشعبي ويحيى بن يعمر في المسجد، وقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، وكان الحسن وزرارة بن أوفى في الرحبة خارجاً من المسجد. ذكر ذٰلك البخاري تعليقاً في «صحيحه» في كتاب الأحكام باب من قضى ولاعن في المسجد قبل الحديث رقم (٧١٦٥).

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٧٠ وقال: غريب بهٰذا اللفظ. قلنا: وأخرجه من حديث أنس دون قوله: «وللحُكْم» مسلم (٢٨٥)، وهو عند ابن حبان في «صحيحه» (١٤٠١).

وأخرجه كذٰلك دون قوله: «وللحكم» من حديث أبي هريرة ابن ماجه في «سننه» (٥٢٩)، وهو في «المسند» (١٠٥٣٣)، و«صحيح ابن حبان» (٩٨٥). وهو حديث صحيح.

والجامِعُ أوْلَى، ويتَّخِذُ مُترجِماً وكاتِباً عَدْلاً مُسْلِماً له مَعرِفَةٌ بالفِقْهِ. ويُسَوّي بينَ الخَصْمَيْنِ في الجُلُوسِ والإقبالِ والنَّظَرِ والإشارَةِ، . . . .

(**والجامِعُ أوْلَى**) لأنه أشهرُ، وإن كان الخصمُ حائضاً أو نفساءَ خرج القاضي إلى باب المسجد فنظَرَ في خصومتها، أو أمَرَ من يَفصِلُ بينهما، كما لو كانت المنازعةُ في دابَّةٍ فإنه يخرج لاستماع الدَّعوى والإشارةِ إليها في الشهادة، وإن جَلَسَ في بيتٍ جاز، ويأذنُ للناس بالدخول فيه، ولا يَمنعُ أحداً من الدخول عليه، ويُجلِس معه من كان يَجلس معه في المسجد، ويكون الأعوانُ بالبُعد عنه بحيث لا يسمعون ما يكون بينَه وبين من تقدَّم إليه للخُصومة، ويُستحب أن يُجلِس معه قريباً منه قوماً من أهل الفقه والدِّيانة، ولا بأس بأن يَجلس وحدَه إذا كان عالماً بالقضاء.

قال: (**ويتَّخِذُ مُترجِماً وكاتِباً عَدْلاً مُسْلِماً له مَعرِفَةٌ بالفِقْهِ**) لأنه إذا لم يكن عدلاً لا تُؤمَن خيانتُه، وإذا لم يكن مسلماً لا يُؤمَن أن يكتب ما لا تقتضيه الشريعة، وإذا لم يكن فقيهاً لا يعرف كِتْبَةَ السِّجلّات وما يحتاج إليه القاضي من الأحكام، ويَجلس ناحيةً عنه حيث يراه حتى لا يُخدَع بالرِّشْوة.

قال: (**ويُسَوّي بينَ الخَصْمَيْنِ في الجُلُوسِ والإقبالِ والنَّظَرِ والإشارَةِ**) قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾ [النساء: ١٣٥]، أي: بالعدل، والعدلُ التسويةُ. وقال عليه السلام: «إذا ابتُلِيَ أحدُكم بالقضاء فليُسَوِّ بين الخُصوم في المجلس والإشارةِ

. . . .

والنظر»[1]، وفي كتاب عمر رضي الله عنه: آسِ بينَ الناس في مجلِسكَ ووجهِكَ وعدْلِكَ[2]، ومعناه ما ذكرنا، ثم نَبَّه على العِلَّة فقال: حتى لا

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» ٢٣/ (٦٢٢) و(٦٢٣)، والدارقطني (٤٤٦٦) و(٤٤٦٧)، والبيهقي ١٠/ ١٣٥ من حديث أم سلمة، وفي سنده عباد ابن كثير وهو متروك. ولفظ الطبراني الأول والدارقطني (٤٤٦٦) والبيهقي: «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده ومجلسه». ولفظ الرواية الثانية عند الطبراني والدارقطني (٤٤٦٧): «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فلا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر».

وأخرجه أبو يعلى (٥٨٦٧) من طريق إسماعيل بن عياش، عن عباد بن كثير، عن أبي عبد الله مولى إسماعيل بن عبيد ـ وهو لا يعرف ـ، عن عطاء بن يسار، عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقض وهو غضبان، فليسوِّ بينهم بالنَّظر والمجلس والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين».

وأخرجه إسحاق بن راهويه في «مسنده» ٤/ ٨٣ عن بقية بن الوليد، عن أبي محمد، عن أبي بكر مولى بني تميم، عن عطاء بن يسار، عن أم سلمة. فذكره نحو رواية أبي يعلى.

(٢) هو قطعة من كتاب عمر بن الخطاب الذي بعث به إلى أبي موسى الأشعري في أمور القضاء، أخرجه الدارقطني (٤٤٧١) و(٤٤٧٢)، والبيهقي ١٠/ ١٣٥، وقد أورده بتمامه العلامة ابن القيم في كتابه «إعلام الموقعين» ١/ ١٢٧، وقال: وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله، والتفقه فيه، ثم شرع في شرحه شرحاً موسعاً غاية في النفاسة، فانظره.

ولا يُسارَّ أحَدَهُما ولا يُلَقِّنُه حُجَّتَه، ولا يَضْحَكُ لأحدِهِما، ولا يُمازِحُهُما ولا أحَدَهُما، ولا يُضَيِّفُ أحَدَهما دُونَ الآخَرِ، . . . .

يطمَع شريفٌ في حَيْفِك، ولا يخاف ضعيفٌ جَوْرَكَ، ولأنه إذا فَضَّل أحدَهما ينكسر قلبُ الآخر فلا ينشرِحُ للدعوى والجواب. وينبغي أن يجلِسوا بين يدي القاضي جُثُوّاً[1]، ولا يُجلسُهما في جانب، ولا أحدَهما عن يمينه والآخرَ عن شِماله، وإذا تقدّم إليه الخَصمان إن شاء بدأهما فقال: ما لَكُما؟ وإن شاء سكت حتى يتكلّما، فإذا تكلم أحدُهما أسكَتَ الآخرَ ليفهم دعواه.

قال: (ولا يُسارَّ أحَدَهُما ولا يُلَقِّنُه حُجَّتَه) لما بينا، ولما فيه من التُّهمة.

(ولا يَضْحَكُ لأحدِهِما) لأن ذٰلك يجرِّئُه على خَصمِه.

(ولا يُمازِحُهُما ولا أحَدَهُما) لأنه يُخِلُّ بهَيبة القضاء.

(ولا يُضَيِّفُ أحَدَهما دُونَ الآخَرِ) لما بينا، وقد ورد النهي عنه[2].

---

(١) قوله: «جُثُوّاً»، قال في «اللسان»: جَثَا يجثُو ويَجْثِي جُثُوّاً، أي: جلس على ركبتيه للخصومة ونحوها.

(٢) أخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٢٩١)، وإسحاق بن راهويه في «مسنده» كما في «نصب الراية» ٤/ ٧٣، والدارقطني في «المؤتلف والمختلف» ١/ ٤٤٢، والبيهقي في «السنن» ١٠/ ١٣٧ من طريق إسماعيل بن مسلم عن الحسن البصري قال: نزل ضيف على علي بن أبي طالب، فذهب يتقرب في الخصومة، فقال: لعلك خصم؟ قال: نعم، قال: تحول عنّا، فإن رسول الله ﷺ: «نهانا أن نضيف خصماً إلا ومعه خصمه». وإسناده ضعيف لانقطاعه. =

قال: (ولا يَقْبَلُ هَدِيَّةَ أجنَبِيٍّ لم يُهْدِ له قَبْلَ القَضَاءِ) قال عليه السلام: «هدايا الأمراء غُلُول»[1]، ولأنه إنما أُهدي له للقضاء ظاهراً،

= وأخرج أبو القاسم البغوي في «الجعديات» (٢١٦٧)، ومن طريقه البيهقي في «السنن» ١٠/ ١٣٧ عن محمد بن بكار، عن قيس بن الربيع، عن إسماعيل بن مسلم، عن الحسن قال: حدثنا رجل نزل على علي بالكوفة، فأقام. . . فذكره نحو سابقه. ورجاله ثقات غير الرجل المبهم.

وأخرج الطبراني في «الأوسط» (٣٩٣٤)، ونسبه البيهقي في «السنن» ١٠/ ١٣٧، والحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٤/ ١٩٣ إلى ابن خزيمة من طريق محمد بن عبد العزيز، عن القاسم بن غصن، عن داود بن أبي هند، عن أبي حرب بن أبي الأسود، عن أبيه، عن علي: نهى النبي ﷺ أن يُضيف أحد الخصمين دون الآخر. وإسناده ضعيف لضعف القاسم بن غصن.

(١) أخرجه من حديث أبي حميد الساعدي بهٰذا اللفظ أبو عوانة (٧٠٧٣)، والبيهقي في «السنن» ١٠/ ١٣٨، وهو في «المسند» (٢٣٦٠١) بلفظ: «هدايا العمال غلول». وإسناده ضعيف. في إسناده إسماعيل بن عياش مُخلِّط في روايته عن غير أهل بلده وهٰذا منها. وبهٰذا ضعفه الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٢٠٠ و٥/ ٢٤٩، والحافظ ابن حجر في «الفتح» ٥/ ٢٢١ و١٣/ ١٦٤، وقال الحافظ: وقيل: إنه رواه بالمعنى من قصة ابن اللتبية. وسيأتي تخريجه.

وللحديث شواهد ضعيفة وبعضها شديد الضعف ذكرناها في «المسند» فانظرها هناك.

ويشهد لحديثنا بالمعنى حديث أبي حميد الساعدي نفسه في قصة ابن اللتبية والذي أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٥٩٧)، وهو في «المسند» (٢٣٥٩٨). وفيه: استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد ـ يقال له ابن اللتبية ـ على الصدقة، فلما=

فكان آكلاً بالقضاء، فأشبه الرِّشْوة، بخلاف من جَرَتْ عادتُه بمُهاداتِه قبل القضاء، لأن الظاهر أنه جرى على عادتِه، حتى لو زاد على العادةِ، أو كان له خصومةٌ لا يقبلُها، والقريب على هٰذا التفصيل.

قال: (ولا يَحضُرُ دَعوَةً إلاَّ العامَّةَ) كالعُرْس والخِتان، لأنه لا تهمةَ فيها، والإجابةُ سُنَّة، ولا يجيبُ الخاصّةَ لمكان التهمة، إلا إذا كانت من قريبٍ أو مَن جَرَتْ عادتُه بذٰلك قبل القضاء على التفصيل المتقدِّم، والعَشرةُ فما دونها خاصَّةٌ وما فوقها عامَّةٌ، وقيل: الخاصة ما لو عَلِم أن القاضي لا يحضرُها لا يعملُها.

قال: (ويَعُودُ المَرضَى ويَشْهَدُ الجَنائزَ) لأنها من حقوق المسلم على المسلم على ما نطق به النصُّ[1]، ولا يُطيل مُكْثَه في ذٰلك المجلس، ولا يمكِّنُ أحداً من التكلُّم فيه بشيءٍ من الخصومات.

= قدم قال: هٰذا لكم وهٰذا أهدي لي، قال: «فهلاَّ جلس في بيت أبيه أو بيت أمه، فينظر يُهدى له أم لا، والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منه إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته، إن كان بعيراً له رغاء، أو بقرة لها خُوار، أو شاةً تَيْعَر» ثم رفع بيده ـ حتى رأينا عفرة إبطيه ـ: «اللهم هل بلَّغت، اللهم هل بلغت» ثلاثاً.

(١) هو حديث: «حق المسلم على المسلم. . .»، أخرجه البخاري (١٢٤٠)، ومسلم (٢١٦٢)، وهو في «المسند» (٨٢٧١)، و«صحيح ابن حبان» (٢٤١) من حديث أبي هريرة.

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة انظرها عند حديث ابن عمر في «المسند» (٥٣٥٧) فقد ذكرناها هناك.

فإن حَدَثَ له هَمٌّ، أو نُعاسٌ، أو غَضَبٌ، أو جُوعٌ، أو عَطَشٌ، أو حاجَةٌ حَيَوانِيَّةٌ كَفَّ عن القَضَاءِ. . . . .

قال: (فإن حَدَثَ له هَمٌّ، أو نُعاسٌ، أو غَضَبٌ، أو جُوعٌ، أو عَطَشٌ، أو حاجَةٌ حَيَوانِيَّةٌ كَفَّ عن القَضَاءِ) قال عليه السلام: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»(١)، وفي رواية: «[إلا] وهو شبعانُ»(٢)، ولأنه يحتاج إلى الفِكْر(٣)، وهٰذه الأعراض تمنعُ صحةَ الفِكر فتُخِلُّ بالقضاء.

ويُكرَه له صوم التطوُّع يومَ القضاء، لأنه لا يخلو من الجُوع، ولا يُتعِب نفسَه بطُول الجلوس، لأنه ربما ضَجِرَ ومَلَّ، ويَقعُدُ طَرَفي النهار.

وإذا طَمِع في رِضَا الخَصمين ردَّهما مرَّةً ومرّتين، لِقول عمر رضي الله عنه: رُدُّوا الخُصوم حتى يصطَلِحوا(٤)، وإن لم يطمع أنفذَ القضاء بينهما لعدم الموجِب للتأخير.

---

(١) أخرجه من حديث أبي بكرة البخاري (٧١٥٨)، ومسلم (١٧١٧)، وهو في «المسند» (٢٠٣٧٩)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٦٣) أن رسولَ الله ﷺ قال: «لا يقضين حَكَمٌ بين اثنين وهو غضبان».

(٢) أخرجه من حديث أبي سعيد الخدري الحارث بن أبي أسامة كما في «زوائد» الهيثمي (٤٦١)، والدارقطني (٤٤٧٠)، والبيهقي ١٠/ ١٠٥ ولفظه: «لا يقضي القاضي بين اثنين إلا وهو شبعان ريان». وفي سنده القاسم بن عبد الله ابن عمر وهو متروك كذاب.

(٣) في (م): التفكر.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٣٠٤)، وابن أبي شيبة ٧/ ٢١٣-٢١٤، والبيهقي ٦/ ٦٦ وزادوا فيه: فإن فصل القضاء يُورث الضغائن بين الناس.

ولا يَبيعُ ولا يَشتَرِي في المَجلِسِ لِنفَسِه، ولا يَستَخلِفُ على القَضاءِ إلاَّ أن يُفَوَّضَ إليه ذٰلك، ولا يَقْضِي على غائِبٍ إلا أن يَحْضُرَ مَن يَقُومُ مَقامَه، أو يَكُونُ ما يَدَّعِيه على الغائِبِ سَبباً لما يَدَّعِيه على الحاضِرِ.

قال: (**ولا يَبِيعُ ولا يَشتَرِي في المَجلِسِ لِنفَسِه**) لما فيه من التهمة، ولا بأس في غير المجلس. وعن أبي حنيفة أنه يُكرَه أيضاً، وإنما يبيع ويشتري ممن لا يعرفُه ولا يُحابيه.

قال: (**ولا يَستَخلِفُ على القَضاءِ إلاَّ أن يُفَوَّضَ إليه ذٰلك**) لأنه كالوكيل عن الإمام، والوكيلُ ليس له أن يُوكِّل إلا أن يُؤذَنَ له.

قال: (**ولا يَقْضِي على غائِبٍ**) لقوله عليه السلام: «يا عليُّ لا تَقْضِ لأحدِ الخَصمين حتى تسمَعَ كلام الآخر»[1]، ولأن القضاء لقطع المنازعة، ولا منازعةَ بدون الإنكار، فلا حاجةَ[2] إلى القضاء.

قال: (**إلا أن يَحْضُرَ مَن يَقُومُ مَقامَه**) إما بإنابتِه كالوكيل، أو بإنابةِ الشرع كالوصيِّ من جهة القاضي.

(**أو يَكُونُ ما يَدَّعِيه على الغائِبِ سَبباً لما يَدَّعِيه على الحاضِرِ**) كمن ادَّعى داراً في يدِ رجلٍ فأنكرَ، فأقامَ المدَّعي البيِّنةَ أنه اشتراها من فلانٍ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، وهو في «المسند» (٦٩٠). وإسناده ضعيف لضعف حنش وهو ابن المعتمر أحد رواته.

وهو عند ابن حبان في «صحيحه» بأطول مما هنا برقم (٥٠٦٥) من طريق سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن علي، وسماك في روايته عن عكرمة اضطراب.

(٢) في (م): وجه.

الغائبِ، يقضي بها على الحاضر والغائب، وكذا لو ادَّعى شُفعةً وأنكر ذو اليد الشراءَ، فأقامَ البينةَ أن ذا اليد اشتراها من الغائب، يقضي بها[1] على الحاضِر والغائب جميعاً، وكذا إذا شَهِدا على رجل فقال: هما عَبْدَان، فأقام المشهودُ له البينةَ أن مولاهما أعتَقَهما، حكمَ بعتقِهِما في حقِّ الحاضر والغائبِ جميعاً.

فصل

(فإذا رُفِعَ إليه قضَاءُ قاضٍ أمضاهُ، إلا أن يُخالِفَ الكِتابَ أو السُّنةَ المَشهُورَةَ أو الإجماعَ) وأصله أن القاضي إذا كان ممن يجوز قضاؤُه فقضى بقضيَّةٍ يَسُوغُ فيها الاجتهاد لم يَجُزْ لأحدٍ من القضاة نقضُه، لأن الاجتهادَ الثاني مثلُه، والأوّل مرجح بالسَّبْق لاتصال القضاء به. وروي أن شُريحاً قضى بقضاءٍ خالف فيه عمرَ وعلياً، فلم يَفسَخاه لوقوعه من قاضٍ جائزِ الحُكم فيما يَسُوغ فيه الاجتهاد. وعن عمر أنه قضى في الجَدِّ بقضايا مختلفةٍ، فقيل له، فقال: ذاكَ على ما قضينا، وهٰذا على ما نقضي[2]، ولم يَفسَخِ الأوّلَ.

---

(١) «بها» أثبتناها من (م)، وهي ليست في (س).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٠٥)، وابن أبي شيبة ١١/ ٢٥٥، والدارقطني (٤١٢٦)، والبيهقي ٦/ ٢٥٥ و١٠/ ١٢٠.

ولا يَجُوزُ قَضَاؤُه لمن لا تُقبَلُ شَهادَتُه له، ويجُوزُ لمن قَلَّدَه وعليه. وإذا عَلِمَ بِشَيءٍ من حُقُوقِ العِبادِ في زَمَنِ وِلايَتِهِ ومَحَلِّها جازَ له أن يَقضِيَ بِهِ.

ولا اجتهادَ مع الكتاب ولا مع السنَّةِ المشهورةِ، إذ لا اجتهادَ إلا عند عدمهما، لما تقدَّم من حديث معاذٍ، ولا مع إجماعِ الجمهور، لأنه خلاف وليس باختلاف، والمرادُ اختلاف الصَّدْر الأوّل.

قال: (**ولا يَجُوزُ قَضَاؤُه لمن لا تُقبَلُ شَهادَتُه له**) لأن المعنى الذي تُردُّ الشهادةُ له في القضاء أقوى لأنه ألزَمُ.

قال: (**ويجُوزُ لمن قَلَّدَه وعليه**) لأنه نائبٌ عن المسلمين لا عنه، ولهٰذا لا ينعزلُ بموتِه.

قال: (**وإذا عَلِمَ بِشَيءٍ من حُقُوقِ العِبادِ في زَمَنِ وِلايَتِهِ ومَحَلِّها جازَ له أن يَقضِيَ بِهِ**) لأن عِلْمَه كشهادة الشاهِدَين وبَلْ أولى، لأن اليقين حاصلٌ بما عَلِمه بالمعاينةِ والسَّماع، والحاصلُ بالشهادة غَلَبَةُ الظَّنِّ، والإجماعُ على أن قوله على الانفراد مقبولٌ فيما ليس خَصماً فيه، ومتى قال: حكمتُ بكذا، نَفَذَ حكمُه. وأما ما عَلِمه قبل وِلايتِه أو في غير محلِّ ولايته لا يقضي به عند أبي حنيفةَ، نُقل ذٰلك عن عمرَ وشُريحٍ. وقال أبو يوسف ومحمد: يقضي كما في حال ولايتهِ ومحلِّها لما مرّ. وجوابه: أنه في غير مصرِه وغيرِ ولايتهِ شاهدٌ لا حاكم، وشهادةُ الفرد لا تُقبَل، وصار كما إذا عَلِم ذٰلك بالبينةِ العادلةِ، ثم وَلِيَ القضاء فإنه لا يعملُ بها. وأما الحدودُ فلا يقضي بعلِمه فيها لأنه خصمٌ فيها، لأنها حقُّ الله تعالى، وهو نائبُه إلا في حدِّ القذفِ فإنه يعمل بعِلمِه لما فيه من

والقَضَاءُ بِشَهادةِ الزُّورِ يَنفُذُ ظاهِراً وباطِناً (سم) في العُقُودِ، والفُسُوخِ: كالنِّكاحِ، والطَّلاقِ، والبيعِ، وكذلك الهِبةُ، والإِرْثُ.

حقِّ العبد، وإلا في السُّكْر إذا وجد سكران، أو مَن به أمارات السُّكْر فإنه يُعزِّرُه.

قال: (والقَضَاءُ بِشَهادةِ الزُّورِ يَنفُذُ ظاهِراً وباطِناً في العُقُودِ والفُسُوخِ: كالنِّكاحِ، والطَّلاقِ، والبيعِ، وكذلك الهِبةُ والإِرْثُ) وقالا: لا ينفُذُ باطناً[1]، وصورته: شهد شاهدان بالزُّور بنكاحِ امرأةٍ لرجلٍ

---

(١) قال الإمام العيني في «عمدة القاري» ٢٤/ ٢٥٦ تعليقاً على قول الإمام البخاري: باب من قُضِيَ له بحق أخيه، فلا يأخذه، فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً. هذا الكلام من كلام الشافعي، فإنه لما ذكر هذا الحديث (حديث أم سلمة الذي في البخاري ٧١٨١) قال: فيه دلالة على أن الأُمَّةَ إنما كُلفوا القضاء على الظاهر، وفيه أن قضاء القاضي لا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً.

وتحرير هذا الكلام أن مذهب الشافعي وأحمد وأبي ثور وداود وسائر الظاهرية أن كل قضاء قضى به الحاكم من تحليل مال، أو إزالة ملك، أو إثبات نكاح، أو من حله بطلاق أو بما أشبه ذلك أن ذلك كله على حكم الباطن، فإن كان ذلك في الباطن كهو في الظاهر، وجب ذلك على ما حكم به، وإن كان ذلك في الباطن على خلاف ما شهد به الشاهدان وعلى خلاف ما حكم به بشهادتهما على الحكم الظاهر، لم يكن قضاء القاضي موجباً شيئاً من تمليك ولا تحريم ولا تحليل، وهو قول الثوري والأوزاعي ومالك وأبي يوسف أيضاً، وقال ابن حزم: لا يحل ما كان حراماً قبل قضائه ولا يحرم ما كان حلالاً قبل قضائه، إنما القاضي منفذ على الممتنع فقط لا مزية له سوى هذا.

وقال الشعبي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن: ما كان من تمليك مالٍ، فهو على حكم الباطن، وما كان من ذلك من قضاء بطلاق أو نكاح بشهودٍ ظاهرهم=

. . . .

فقضى بها القاضي، نَفَذَ عنده، حتى حَلَّ للزوج وطؤُها، خلافاً لهما، ولو شهدا بالزُّور على رجلٍ أنه طلَّق امرأتَه بائناً، فقضى القاضي بالفُرْقةِ ثم تزوّجها آخرُ جاز، وعندهما: إن جهل الزوجُ الثاني ذٰلك حَلَّ له وَطؤُها اتباعاً للظاهر، لأنه لا يُكلَّف عِلْمَ الباطن، وإن عَلِم بأن كان أحدُ الشاهدين كاذباً[1] لا يحلُّ، ولو وَطِئها الزوجُ الأوّل كان زانياً ويُحَدُّ. وقال محمد: يحِلُّ له وَطؤُها، وقال أبو يوسف: لا يحلُّ له، لأن قول أبي حنيفة أورثَ شُبهةً فيحرُمُ الوطءُ احتياطاً، ولا ينفُذُ في معتدَّةِ الغير ومنكوحتِه بالإجماع، لأنه لا يمكِنُ تقديم النكاح على القضاء، وفي الأجنبية أمكَنَ ذٰلك فيقدَّم تصحيحاً له قطعاً للمنازَعة، وينفُذُ ببيع الأَمَةِ عندَه، حتى يحلُّ للمشتري وطؤُها، وينفُذُ في الهِبةِ والإرثِ، حتى يحلُّ للمشهود له أكلُ الهبةِ والميراثِ، وروي عنه أنه لا ينفُذُ فيهما لها قوله ﷺ: «إنكم تختصمون إليَّ، ولعلَّ بعضَكم ألحَنُ بحُجَّته من بعض، وإنما أنا بشرٌ أقضي بما أسمعُ، فمن قضيتُ له من مال أخيه شيئاً بغير حقِّه، فإنما أقطَعُ له قطعةً من النار»[2]، وأنه عامٌّ

= العدالة وباطنهم الجراحة، فحكم الحاكم بشهادتهم على ظاهرهم الذي تعبد الله أن يحكم بشهادة مثلهم معه، فذلك يجزيهم في الباطن لكفايته في الظاهر.

(١) لفظة: «كاذباً» سقطت من (س).

(٢) أخرجه من حديث أم سلمة البخاري (٢٤٥٨)، ومسلم (١٧١٣)، وهو في «المسند» (٢٥٦٧٠)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٧٠).

وفي الباب عن أبي هريرة أيضاً، هو في «المسند» برقم (٨٣٩٤). وانظر تمام تخريجه فيه.

. . . .

فيعُمُّ جميع الحقوق: العقودَ والفُسوخَ وغيرَ ذٰلك، فينبغي أن يكون الحكمُ في الباطن كهو عند الله تعالى، أما الظاهرُ فالحكم لازمٌ على ما أنفذه القاضي، قال عليه السلام: «أنا أقضي بالظاهرِ، واللهُ يتولّى السرائرَ»[1]، وله ما روي أن رجلاً خطب امرأة وهو دونها في الحسب فأبَتْ أن تتزوَّجَه، فادَّعى أنه تزوَّجها، وأقام شاهِدَين عند عليٍّ رضي الله عنه، فحَكَم عليها بالنكاح، فقالت: إني لم أتزوَّجْه وإنهم شهودُ زُورٍ، فزوِّجْني منه، فقال عليٌّ رضي الله عنه: شاهداكِ زوَّجاكِ،

(١) ذكره السخاوي في «المقاصد الحسنة» ص٩١ وعلق عليه قائلاً: اشتهر بين الأصوليين والفقهاء، ولا وجود له في كتب الحديث المشهورة، ولا الأجزاء المنثورة، وجزم العراقي بأنه لا أصل له، وكذا أنكره المزي وغيره، نعم في «صحيح البخاري» (٢٤٤٧) عن عمر: إنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، بل وفي «الصحيح» (البخاري ٤٣٥١ ومسلم ١٠٦٤) من حديث أبي سعيد رفعه: «إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس» وفي المتفق عليه من حديث أم سلمة: «إنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذ منه شيئاً». (قلنا سلف تخريجه قبل قريباً). قال ابن كثير: إنه يؤخذ معناه منه، وقد ترجم له النسائي في «سننه» باب الحكم بالظاهر، وقال إمامنا ناصر السنة أبو عبد الله الشافعي ـ رحمه الله ـ عقب إيراده في كتاب «الأم»: فأخبرهم ﷺ أنه إنما يقضي بالظاهر، وأن أمر السرائر إلى الله، والظاهر كما قال شيخنا ـ رحمه الله ـ: أن بعض من لا يميز ظن هٰذا حديثاً آخر منفصلاً عن حديث أم سلمة، فنقله كذٰلك، ثم قلده من بعده. انتهى.

. . . .

وأمضى عليها النكاح[1]، ولأنه قضى بأمرِ الله تعالى بحُجَّةٍ شرعيةٍ فيما له ولايةُ الإنشاء، فيُجعلُ إنشاءً تحرُّزاً عن الحرام، وحديثُهما صريح في المال، ونحن نقولُ به، فإن قضاء القاضي في الأملاكِ المُرسَلَة لا ينفُذُ بشهادة الزُّور بهٰذا الحديث، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وروي أنها نزلت فيه، ولأن القاضي لا يملكُ إثباتَ الملك بدون السبب، فإنه لا يملك دفْعَ مالِ زيدٍ إلى عمرٍو، أما العقودُ والفسوخُ فإنه يملك إنشاءَها، فإنه يملك بيعَ أمةِ زيدٍ وغيرِها من عمرٍو حالَ غَيبتِه وخوفِ الهلاك، فإنه يبيعُه للحفظ، وكذٰلك لو مات ولا وصيَّ له، ويملك إنشاءَ النكاح على الصغير والصغيرة، والفُرقَةَ في العِنِّين، وغيرَ ذٰلك، فثبت أن له ولايةَ الإنشاء في العقود والفُسوخ، فيجعل القضاء إنشاءً احترازاً عن الحرام، ولا يملك ذٰلك في الأملاك المُرسَلَة بغير أسبابٍ، فتعذَّرَ جعلُه إنشاءً فبطَلَ، ثم نقول: لو لم ينفُذْ باطناً، فلو قضى القاضي بالطلاق لبقيت حلالاً للزوج الأوّلِ باطناً، وللثاني ظاهراً، ولو ابتُلي الثاني بمثل ما ابتُلي به الأوّل حلَّت للثالث أيضاً، وهٰكذا رابعٌ وخامس، فتحلُّ للكلِّ في زمانٍ واحد، وفيه من الفحش ما لا يخفى، ولو قلنا بنفاذه باطناً لا تحلُّ إلا لواحدٍ ولا فُحشَ فيه.

---

(١) قال ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٤٠: أخرجه الإمام محمد بن الحسن في «الأصل» بلاغاً. ولم نقف عليه في ما تيسر لنا من المصادر، وذكر الحافظ ابن حجر في «الفتح» ١٣/ ١٧٦: أنه لم يثبت عن علي.

وإذا ثَبَتَ الحَقُّ للمُدَّعِي وسَأَلَه حَبْسَ غَرِيمه لم يَحبِسْهُ، وأمَرَه بِدَفْعِ ما عليه فإن امتنَعَ حَبَسَه، . . . .

فصل

الأصل في وجوب الحَبس قوله عليه السلام: «ليُّ الواجِدِ ظلمٌ، يُحِلُّ عِرْضَه وعقوبتَه»[1]، والعقوبةُ: الحبس، وروي ذلك عن السلف، ولأن القاضي نُصِبَ لإيصال الحقوق إلى أربابها، فإذا امتَنَع المطلوبُ عن الأداء فعلى القاضي جَبْرُه عليه، ولا يُجبرُه بالضرب إجماعاً، فتعين الحبسُ.

قال: (وإذا ثَبَتَ الحَقُّ للمُدَّعِي، وسَأَلَه حَبْسَ غَرِيمِه، لم يَحبِسْهُ) لأنه لم يظهر ظلمُه، حتى لو كان ظَهَر ظلمُه[2] وجحودُه عند غيره حبَسَه.

قال: (وأمَرَه بِدَفْعِ ما عليه، فإن امتنَعَ حَبَسَه) لأنه ظهر ظلمُه، وهٰذا إذا ثبت حقُّه بالإقرار، وأما إذا ثبت بالبيِّنة حبَسَه أوّلَ مرّةٍ، لأن البينةَ لا تكون إلا بعد الجَحْد، فيكون ظالماً، ولا يسأله القاضي: ألك

---

(١) أخرجه من حديث الشريد بن سويد أبو داود (٣٦٢٨)، وابن ماجه (٢٤٢٧)، والنسائي ٧/٣١٦، وهو في «المسند» (١٧٩٤٦)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٨٩). وهو حديث حسن.

وعلقه البخاري في «صحيحه» في كتاب الاستقراض باب لصاحب الحق مقال قبل الحديث (٢٤٠١).

(٢) في (س): مطله، والمثبت من (م).

فإن أقَرَّ أنَّه مُعْسِرٌ خلَّى سَبيلَه، وإن قالَ المُدَّعِي: هو مُوسِرٌ، وهو يقُولُ: أنا مُعْسِرٌ، فإن كان القاضِي يَعرِفُ يَسارَه، أو كان الدَّينُ بَدَلَ مالٍ كالثَّمَنِ والقَرْضِ، أوِ التزَمَه كالمَهْرِ والكفالةِ وبَدَلِ الخُلْعِ ونَحوِه حَبَسَه، ولا يَحبِسُه فيما سِوَى ذٰلك إذا ادّعَى الفَقْرَ، إلا أن تَقُومَ البيِّنَةُ أن له مالاً فيَحبِسُه، فإذا حَبَسَه مُدةً يَغلِبُ على ظَنِّهِ أنّه لو كان له مالٌ أظهرَه، وسأَلَ عن حالِه فلم يَظْهَرْ له مالٌ خلَّى سَبِيلَه، ....

مالٌ؟ ولا من المدَّعِي، إلا أن يطلب المدَّعى عليه من القاضي أن يسأل المدَّعِي فيسأله.

(**فإن أقَرَّ أنَّه مُعْسِرٌ خَلَّى سَبِيلَه**) لأنه استحقَّ الإنظار بالنصّ ولا يمنعه من الملازمة.

(**وإن قالَ المُدَّعِي: هو مُوسِرٌ، وهو يقُولُ: أنا مُعْسِرٌ، فإن كان القاضِي يَعرِفُ يَسارَه، أو كان الدَّينُ بَدَلَ مالٍ كالثَّمَنِ والقَرْضِ، أوِ التزَمَه كالمَهْرِ والكفالةِ وبَدَلِ الخُلْعِ ونَحوِه حَبَسَه**) لأن الظاهر بقاءُ ما حصَلَ في يده، والتزامُه يدلُّ على القُدرة.

(**ولا يَحبِسُه فيما سِوَى ذٰلك إذا ادّعَى الفَقْرَ**) لأنه الأصلُ، وذٰلك مثلُ ضمان المُتلَفَات وأُرُوشِ الجِنايات ونفقة الأقارب والزوجات، وإعتاقِ العبد المشتَرَك.

(**إلا أن تَقُومَ البيِّنَةُ أن له مالاً فيَحبِسُه**) لأنه ظالمٌ.

(**فإذا حَبَسَه مُدةً يَغلِبُ على ظَنِّهِ أنّه لو كان له مالٌ أظهرَه، وسأَلَ عن حالِه فلم يَظْهَرْ له مالٌ خلَّى سَبِيلَه**) لأن الظاهر إعسارُه فيستحقُ الإنظارَ، وكذٰلك الحكم لو شهد شاهدان بإعسارِه.

وإن قامَتِ البيِّنَةُ على يَسارِه أبَّدَ حَبْسَه . ويُحبَسُ الرَّجُلُ في نَفَقةِ زَوجَتِه، ولا يُحبَسُ والِدٌ في دَينِ وَلَدِه إلاَّ إذا امتنَعَ من الإنْفاقِ عليه .

وتُقبل بينةُ الإعسار بعد الحبس بالإجماع، وقبلَه لا، والفرقُ أنه وجِد بعد الحبس قرينةٌ، وهو تحمُّل شدَّةِ الحبس ومضايقتِه، وذٰلك دليلُ إعساره، ولم يوجد ذٰلك قبلَ الحبس، وقيل: تُقبَل في الحالتين.

(وإن قامَتِ البيِّنَةُ على يَسارِه أبَّدَ حَبْسَه) لظُلمِه.

واختلفوا في مدّةِ الحبس، قيل: شهران أو ثلاثة، وبعضُهم قدَّره بشهرٍ، وبعضهم بأربعةٍ، وبعضهم بستَّةٍ. والصحيح ما ذكرتُ لك أوّلاً، لأن الناس يختلفون في احتمال الحبس، ويتفاوتون تفاوتاً كثيراً فيُفوَّض إلى رأي القاضي.

قال: (ويُحبَسُ الرَّجُلُ في نَفَقةِ زَوجَتِه) لأنه حقٌّ مستحَقٌّ عليه، وقد مَنَعه، فيُحبس لظُلمِه.

(ولا يُحبَسُ والِدٌ في دَينِ وَلَدِه) وكذا الأجدادُ والجَدَّاتُ، لأنه ليس مصاحبةً بالمعروف، وقد أُمِر بها.

(إلاَّ إذا امتنَعَ من الإنْفاقِ عليه) لأن في تركِ الإنفاق عليه هلاكَه، كما لو صالَ الأبُ على الولِدِ فللولد دفعُه بالقَتل.

وإذا مرِضَ المحبوسُ، فإن كان له مَن يخدُمُه في الحبس لم يُخرِجْه، وإلا أخرجه لئلا يهلِكَ. وإذا امتنع الخصمُ من الحضور عزَّره القاضي بما يرى من ضربٍ أو صَفْعٍ أو حبسٍ أو تعبيسِ وجه على ما يراه.

فصل

يُقْبَلُ كتابُ القاضِي إلى القاضِي في كُلِّ حقٍّ لا يَسقُطُ بالشُّبْهَةِ،

فصل

(يُقْبَلُ كتابُ القاضِي إلى القاضِي في كُلِّ حقٍّ لا يَسقُطُ بالشُّبْهَةِ) للحاجة إلى ذٰلك، وهو العجزُ عن الجمع بين الخُصوم والشهود، بخلاف ما يسقُطُ بالشبهة كالحدود والقِصاص لشبهة البَدَليَّة. والأصلُ في الجواز أن الكتاب يقوم مقامَ عبارة المكتوب عنه وخطابِه، بدِلالةِ أن كتاب الله تعالى إلى رسولِه قام مقامَ خطابه له في الأمر والنهي وغيرهما، وكذٰلك كُتُب رسوله عليه السلام إلى ملوك الفرس والروم[1]، وإلى نُوَّابِه في البلاد قامت مقامَ خطابه لهم، حتى وجب عليهم ما أمرَهم به في كُتُبه، كما وجب خطابُه. وإذا ثَبَتَ هٰذا فنقول: كتابُ القاضي إلى القاضي كخطابِه له، ولو خاطبه بذٰلك وأعلَمَه به صحَّ، فكذٰلك كتابه، وهو أن يشهد الشهودُ عند القاضي أن لهٰذا على فلانٍ الغائبِ كذا، فيكتبُ القاضي إلى القاضي الذي الخصمُ في بلده، وهو نقلُ الشهادة، ولهٰذا يَحكمُ المكتوبُ إليه برأيه، ولو كانت الشهادةُ على حاضرٍ حَكَم عليه وكتب بحُكمِه، وهو السِّجِلُّ.

---

(١) أخرج مسلم في «صحيحه» (١٧٧٤) من حديث أنس: أن نبي الله ﷺ كتب إلى كسرى، وإلى قيصر، وإلى النجاشي، وإلى كل جبار، يدعوهم إلى الله تعالى. وليس بالنجاشي الذي صلى عليه النبي ﷺ.

وفي النِّكاح، والدَّينِ، والغَصْبِ، والأمانَةِ المَجحُودَةِ والمُضارَبةِ، وفي النَّسَبِ، وفي العَقارِ، ولا يُقْبَلُ في المَنْقُولاتِ، وعن محمدٍ: أنَّه يُقْبَلُ في جَمِيعِ المَنْقُولاتِ، وعليه الفَتوَى، ولا يُقْبَلُ إلاَّ بِبيِّنَةٍ أنَّه كِتابُ فُلانٍ القاضِي.

(و) يكتُب (في النِّكاح والدَّينِ والغَصْبِ والأمانَةِ المَجحُودَةِ والمُضارَبةِ) لأن ذٰلك دينٌ يُعرف بالوصف.

(وفي النَّسَبِ) لأنه يُعرف بذِكر الأبِ والجَدِّ والقبيلةِ وغير ذٰلك.

(وفي العَقارِ) لأنه يُعرف بالحدود.

(ولا يُقْبَلُ في المَنْقُولاتِ) لأنه يحتاج فيها إلى المشهادةِ للإشارةِ.

(وعن محمدٍ أنَّه يُقْبَلُ في جَمِيعِ المَنْقُولاتِ، وعليه الفَتوَى) للحاجةِ إليه، ويمكنُ تعريفُه بأوصافه ومقدارِه وغير ذٰلك، وعن أبي يوسف أنه يُقبَل في العبد دون الأمَةِ لكثرة إباقِه دونَها، وعنه أنه يُقبل فيهما، وصورته: أن يَكتُبَ أنهم شهدوا عندَه أن عبداً لفلانٍ ـ ويَذكر اسمَه وحِلْيَتَه وجِنسَه ـ أبَقَ منه وقد أخذه فلانٌ.

قال: (ولا يُقْبَلُ إلاَّ بِبيِّنَةٍ أنَّه كِتابُ فُلانٍ القاضِي) لأنه للإلزام، ولا إلزامَ بدون البيِّنة، ولأن الخَطَّ يُشْبه الخَطَّ، والبينةُ تعيِّنُه. ويَكتُبُ اسمَ المدَّعي والمدَّعَى عليه ويَنسُبُهما إلى الأب والجَدِّ والفَخِذِ والقبيلة، أو إلى الصناعةِ، وإن لم يَذكر الجدَّ لم يَجُزْ إلا عندَ أبي يوسف، وإن كان في الفَخِذ مثلُه في النسب لم يَجُزْ، ولا بدَّ من ذكر شيءٍ يَخصُّه ويُعيِّنُه حتى يزول الالتباس.

ولا بُدَّ أن يَكْتُبَ إلى مَعلُومٍ، فإن شاءَ قال بعد ذٰلك: وإلى كُلّ مَن يَصِلُ إليه مِن قُضاةِ المُسلِمِينَ وإلاَّ فلا، ويَقرأُ الكِتابَ على الشُّهُودِ، ويُعْلِمُهُم بما فيه، ويخْتِمُه بِحَضرَتِهِم ويحفَظُون ما فيه، وتكُونُ أسماؤُهُم دَاخلَ الكتابِ بالأبِ والجَدّ. وأبو يُوسُفَ لم يَشتَرِطْ شَيئاً من ذٰلك لَمَّا ابْتُلِيَ بالقَضَاءِ، واختارَه السَّرخَسِي وليسَ الخَبَرُ كالعِيانِ، . . . .

(ولا بُدَّ أن يَكْتُبَ إلى مَعلُومٍ) بأن يقول: من فلانِ ابنِ فلان ابنِ فلان إلى فلان ابنِ فلان ابنِ فلان.

(فإن شاءَ قال بعد ذٰلك: وإلى كُلّ مَن يَصِلُ إليه مِن قُضاةِ المُسلِمِينَ وإلاَّ فلا) حتى يصيرَ المكتوبُ إليه معروفاً والباقي يكون تَبَعاً.

(ويَقرأُ الكِتابَ على الشُّهُودِ ويُعْلِمُهُم بما فيه) ليعلَموا بما يشهدون.

(ويخْتِمُه بِحَضرَتِهِم ويحفَظُون ما فيه) حتى لو شهدوا أنه كتابُ فلانٍ[1] القاضي وخَتْمُه، ولم يَشهدوا بما فيه لا تُقبل، لأن الختمَ يشبه الختمَ، فمتى كان في يدِ المدّعي يتوهم التبديل.

(وتكُونُ أسماؤُهُم دَاخلَ الكتابِ بالأبِ والجَدّ) لنفي الالتباس.

(وأبو يُوسُفَ لم يَشتَرِطْ شَيئاً من ذٰلك لَمَّا ابْتُلِيَ بالقَضَاءِ) تسهيلاً على الناس.

(واختارَه السَّرخَسِي، وليسَ الخَبَرُ كالعِيانِ) قال أبو بكر الرَّازي: ولو كَتَبَ: من فلان ابنِ فلان إلى كلِّ مَن يصل إليه مِن قُضاة المسلمين وحُكَّامهم ينبغي لكلِّ مَن وَرَدَ الكتابُ عليه من القُضاة أن يقبَلَه، لأن

---

(١) لفظة: «فلان» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

فإذا وَصَلَ إلى القاضِي المَكتُوبِ إليه نَظَرَ في خَتْمِه، فإذا شَهِدوا أنَّه كِتابُ فُلانٍ القاضِي سَلَّمَه إلَينا في مَجلِسِ حُكمِه، وقَرأه علَينا وخَتَمَه: فَتَحَه وقَرأه على الخَصمِ وألزَمَه بما فيه ولا يَقْبَلُهُ إلا بحَضرَةِ الخَصم، فإن ماتَ الكاتبُ، أو عُزِلَ، أو خَرَجَ عن أهلِيَّةِ القَضَاء قَبلَ وُصُولِ كِتابِه بَطَلَ، . . . .

الخِطاب جائزٌ لقوم مجهولين، فإنَّ رسول الله ﷺ كتب كُتُباً إلى الآفاق، ودَعاهم إلى الإسلام ولم يَعرِفْهم، وكذٰلك أمَرَنا ونهانا وكنَّا مجهولين عندَه، وصحَّ خطابُه ولَزِمَنا، والقضاةُ اليومَ عليه. وينبغي أن يكون داخلَ الكتاب اسمُ القاضي الكاتبِ والمكتوبِ إليه، وعلى العنوان أيضاً، فلو كان على العنوان وحدَه لم تُقبلْ، خلافاً لأبي يوسف، لأن ما ليس تحتَ الخَتم متوهَّم التبديل.

قال: (**فإذا وَصَلَ إلى القاضِي المَكتُوبِ إليه نَظَرَ في خَتْمِه، فإذا شَهِدوا أنَّه كِتابُ فُلانٍ القاضِي سَلَّمَه إلَينا في مَجلِسِ حُكمِه، وقَرأه علَينا وخَتَمَه: فَتَحَه وقَرأه على الخَصمِ وألزَمَه بما فيه**) لثبوت الحقِّ عليه.

(**ولا يَقْبَلُهُ إلا بحَضرَةِ الخَصمِ**) لأنه للإلزام، كالشَّهادة لا يسمعُها إلا بحضرة الخَصم، ولا يفتحُه إلا بحضرتِه، وقيل: يجوز لأنه ثَبَتَ بحضورِه، فلا حاجةَ إليه حالةَ الفتح.

قال: (**فإن ماتَ الكاتبُ، أو عُزِلَ، أو خَرَجَ عن أهلِيَّةِ القَضَاء**) بأن جُنَّ أو عَمِيَ[1] أو غير ذٰلك (**قَبلَ وُصُولِ كِتابِه بَطَلَ**) لأن الكتابَ

---

(١) في (م): «أغمي عليه»، والمثبت من (س).

وإن ماتَ المَكتُوبُ إليه بَطَلَ، إلا أن يَكُونَ قالَ بعدَ اسمِهِ: وإلى كُلِّ مَن يَصِلُ إليه من قُضَاةِ المُسلمِينَ. وإن ماتَ الخَصْمُ نَفَذَ على وَرَثَتِه. وإن لم يكنِ الخَصْمُ في بَلَدِ المَكتُوبِ إليه وطَلَبَ الطَّالِبُ أن يَسمَعَ بيِّنَتَه ويَكتُبَ له كِتاباً إلى قاضِي البَلَدِ الَّذي فيه خَصْمُه كَتَبَ له، ويَكتُبُ في كتابه نُسخَةَ الكِتابِ الأوّلِ أو مَعناهُ.

فصل

حَكَّما رَجُلاً ليَحكُمَ بينَهُما جازَ (ف)، . . . .

كالخطاب حالةَ وصولِه، وهو بالموت خَرَجَ عن أهليَّة الخِطاب، وبالعَزْل وغيرِه صار كغيره من الرَّعايا.

(وإن ماتَ المَكتُوبُ إليه بَطَلَ، إلا أن يَكُونَ قالَ بعدَ اسمِهِ: وإلى كُلِّ مَن يَصِلُ إليه من قُضَاةِ المُسلمِينَ) لما بينا.

(وإن ماتَ الخَصْمُ نفَذَ على وَرَثَتِه) لقيامهم مقامَه.

(وإن لم يكنِ الخَصْمُ في بَلَدِ المَكتُوبِ إليه، وطَلَبَ الطَّالِبُ أن يَسمَعَ بيِّنَتَه ويَكتُبَ له كِتاباً إلى قاضِي البَلَدِ الَّذي فيه خَصْمُه، كَتَبَ له) للحاجة إليه.

(ويَكتُبُ في كتابه نُسخَةَ الكِتابِ الأوّلِ أو مَعناهُ) ليكتبَ بما ثبت عنده.

فصل

(حَكَّما رَجُلاً ليَحكُمَ بينَهُما جازَ) لأن لهما ولايةً على أنفسهما، حتى كان كالقاضي في حقِّهما، والمُصَالِحِ في حقِّ غيرهما، لأن

ولا يَجُوزُ التَّحكِيمُ فيما يَسقُطُ بالشُّبهَةِ، ويُشتَرَطُ أن يكُونَ من أهلِ القَضاءِ، وله أن يَسمَعَ البَيِّنَةَ ويَقضِي بالنُّكُولِ والإقرَارِ، فإذا حَكَمَ لَزِمَهُما، ولكُلِّ واحدٍ منهما الرُّجُوعُ قَبل الحُكم، وإن رُفعَ حُكمُه إلى قاضٍ أمضَاهُ إن وَافَقَ مَذهَبَه، ....

غيرَهما لم يرضَ بحُكمه، وليس له عليه ولايةٌ بخلاف القاضي.

وصورتُه: إذا رَدَّ المشتري المبيعَ على البائع بعيبٍ بالتحكيم، لا يملِكُ الردَّ على بائعِه لما ذكرنا، وكذلك إذا حَكَّما في قتلِ خطأً فحكم بالدِّية على العاقلةِ لا يلزَمُهم لعدم وِلايتِه عليهم.

(**ولا يَجُوزُ التَّحكِيمُ فيما يَسقُطُ بالشُّبهَةِ**) كالحُدود والقِصاص، لأنه لا ولايةَ لهما على دمهما، حتى لا يباحُ بإباحتِهما، وقيل: يجوز في القِصاص لأنهما يَملِكانه، فيَملِكان تفويضَه إلى غيرهما، والحدود حقُّ الله تعالى فلا يجوز، ويجوزُ في تضمين السَّرِقة دون القطع.

(**ويُشتَرَطُ أن يكُونَ من أهلِ القَضاءِ**) لأنه يلزِمُهما حكمُه كالقاضي، وتعتبَر أهليَّتُه وقتَ الحُكم والتحكيمِ جميعاً.

(**وله أن يَسمَعَ البَيِّنَةَ ويَقضِي بالنُّكُولِ والإقرَارِ**) لأنه حكمٌ شرعيٌّ، (**فإذا حَكَمَ لَزِمَهُما**) لولايته عليهما.

(**ولكُلِّ واحدٍ منهما الرُّجُوعُ قَبل الحُكم**) لأنه إنما وَلِيَ الحكمَ عليهما برضاهما، فإذا زالَ الرِّضا زالتِ الولايةُ، كالقاضي مع الإمام.

(**وإن رُفعَ حُكمُه إلى قاضٍ أمضَاهُ إن وَافَقَ مَذهَبَه**) لعدم الفائدة في نقضِه.

وأبطَلَه إن خالَفَه، ولا يجوزُ حُكمُه لمَن لا تُقبلُ شَهادَتُه له.

(وأبطَلَه إن خالَفَه) لأنه لا ولايةَ له عليه، فلا يلزمه إنفاذُ حُكمه، بخلاف القاضي لأن ولايته عامَّةٌ.

(ولا يجوزُ حُكمُه لمَن لا تُقبَلُ شَهادَتُه له) للتهمة.

❑ ❑ ❑

كتاب الحَجْر

وأسبابهُ: الصِّغَرُ والرِّقُّ والجُنُونُ، ولا يجُوزُ تَصَرُّفُ المَجنُونِ والصَّبيّ الذي لا يَعقلُ أصلاً، وتَصَرُّفُ الذي يَعقلُ إن أجازَه وَليُّه، أو كان أذِنَ له جازَ، والعَبدُ كالصَّبيِّ الذي يَعقلُ. . . . .

كتاب الحَجْر

وهو في اللغة: مطلق المَنْع، ومنه حِجْر الكعبةِ لأنه مُنِع من الدخول فيها، وسُمِّي الحرام حَجْراً لأنه ممنوعٌ من التصرُّف فيه.

وفي الشرع: المنعُ عن أشياء مخصوصةٍ بأوصافٍ مخصوصةٍ على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

(وأسبابهُ: الصِّغَرُ والرِّقُّ والجُنُونُ) لأن الصغيرَ والمجنونَ لا يهتديان إلى المصالح ولا يعرفانِها، فناسب الحَجْر عليهما، والعبدُ تصرُّفُه نافذٌ على مولاه فلا ينفَذُ إلا بإذنه.

قال: (ولا يجُوزُ تَصَرُّفُ المَجنُونِ والصَّبيّ الذي لا يَعقلُ أصلاً) لعدم الأهلية. (وتَصَرُّفُ الذي يَعقلُ إن أجازَه وَليُّه أو كان أذِنَ له جازَ) لأن الظاهرَ أن الوليَّ ما أجاز ذلك إلا لمصلحةٍ راجحةٍ نظراً له، وإلا لما أجاز.

(والعَبدُ) مع مولاه (كالصَّبيِّ الذي يَعقلُ) مع وليِّه، لأن الحقَّ للمولى، فإذا أجازَه جازَ.

والصَّبيُّ والمَجنُونُ لا يصِحُّ عُقُودُهما وإقرَارُهُما وطَلاقُهُما وعَتَاقُهُما، وإن أتلَفَا شَيئاً لَزِمَهُما، وأقْوالُ العَبدِ نافِذَةٌ في حَقِّ نَفسِهِ، فإن أقَرَّ بِمالٍ لَزِمَه بَعدَ عِتقِهِ، ....

قال: (والصَّبيُّ والمَجنُونُ لا يصِحُّ عُقُودُهما وإقرَارُهُما وطَلاقُهُما وعَتَاقُهُما) قال عليه السلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمَعْتُوهِ»[1]، والعتقُ تمحَّضَ ضَرَراً، ولأنه تبرُّعٌ، وليسا من أهله، وكذٰلك الإقرارُ لما فيه من الضَّرر، وكذا سائرُ العقود لرُجحان جانبِ الضَّرر نظراً إلى سَفَهِهما وقلَّةِ مبالاتِهما وعدمِ قَصْدِهما المصالح.

قال: (وإن أتلَفَا شَيئاً لَزِمَهُما) إحياءً لحقِّ المتلَفِ عليه، والضمانُ يجب بغير قصدٍ، كجنايةِ النائم والحائطِ المائلِ، ولأن الإتلاف موجودٌ حِسّاً وهو سببُ الضمان، فلا يُرَدُّ إلا في الحدود والقِصاص، فيُجعل عدمُ القصد شُبهةً، وينقلبُ القتلُ في العَمْد إلى الدِّيَةِ على ما يُعرف في بابه.

قال: (وأقْوالُ العَبدِ نافِذَةٌ في حَقِّ نَفسِهِ) لأهلِيَّتِه.

(فإن أقَرَّ بِمالٍ لَزِمَه بَعدَ عِتقِهِ) لعجزِه في الحال، وصار كالمُعسِر.

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة الترمذي (١١٩١)، وإسناده ضعيف لضعف عطاء بن عجلان أحد رواته. وذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٦١ وقال: غريب بهٰذا اللفظ.

وقد روي موقوفاً عن علي، أخرجه عبد الرزاق (١٢٢٧٦)، والبغوي في «الجعديات» (٧٦٤) و(٧٦٥) و(٧٦٦)، والبيهقي ٧/ ٣٥٩، وعلقه البخاري قبل الحديث رقم (٥٢٦٩).

وإن أَقَرَّ بِحَدّ أو قِصَاصٍ أو طَلاقٍ لَزِمَه للحَالِ. وبُلُوغُ الغُلام بالاحتِلام، أو الإِحْبالِ، أو الإنزَالِ، أو بُلُوغِ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً (سم). والجارِيةِ بالاحتِلامِ، أو الحَيْضِ، أو الحَبَلِ، أو ....

(وإن أَقَرَّ بِحَدّ أو قِصَاصٍ أو طَلاقٍ لَزِمَه للحَالِ) لأنه في حقِّ الدم مُبقىً على أصل الحريَّة، ولهٰذا لا ينفَذُ إقرارُ المولى عليه بذٰلك، ولا يُستباح بإباحتِه، وأما الطلاقُ فلقوله عليه السلام: «لا يملكُ العبدُ إلا الطلاقَ»[1]، ولأنه أهلٌ ولا ضَرَرَ فيه على المولى فيقعُ.

قال: (وبُلُوغُ الغُلام بالاحتِلامِ، أو الإِحْبالِ، أو الإنزَالِ، أو بُلُوغِ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً. والجارِيةِ بالاحتِلامِ، أو الحَيْضِ، أو الحَبَلِ، أو

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٦٥ وقال: غريب، وقال ابن قطلوبغا في كتابه «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٤٠: قال المخرجون: لم نره.

وأخرجه بمعناه ابن ماجه برقم (٢٠٨١) من طريق عبد الله بن لهيعة، والطبراني في «الكبير» (١١٨٠٠) من طريق يحيى بن يعلى، والدارقطني (٣٩٩١)، والبيهقي ٧/ ٣٦٠ من طريق أبي الحجاج المهري، ثلاثتهم عن موسى ابن أيوب الغافقي، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: أتـى النبي ﷺ رجل، فقال: يا رسول الله، إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرِّق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يُزوِّج عبده أمته ثم يريد أن يفرِّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» واللفظ لابن ماجه. ولا يخلو طريق من هٰذه الطرق من ضعف لكن بمجموعها يرتقي الحديث إلى الحسن.

وأخرج ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٢٠٤٠، والدارقطني (٣٩٩٣) من طريق الفضل بن المختار، عن عُبيد الله بن موهب، عن عصمة بن مالك. فذكره بنحو سابقه، وإسناده ضعيف لضعف الفضل بن المختار.

بلُوغِ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً (سم).

بلُوغِ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً) لأن حقيقةَ البلوغ بالاحتلام[١] والإنزال، قال عليه السلام: «خُذْ من كلِّ حالِمٍ وحالِمَةٍ ديناراً»[٢]، أي: بالغٍ وبالغةٍ، والحَبَل والإحبالُ لا يكون إلا به، والحيضُ علامةُ البلوغ أيضاً، قال عليه السلام: «لا صلاةَ لحائضٍ إلا بخِمارٍ»[٣]، أي: بالغٍ.

وأما البلوغ بالسِنِّ فالمذكور مذهبُ أبي حنيفةَ، وقالا: بلوغُهما بتمام خمسَ عَشْرةَ سنةً لأنه المعتادُ الغالبُ. وعن ابن عمر أنه قال: عُرِضتُ على النبيِّ ﷺ وأنا ابنُ أربعَ عَشْرةَ سنةً، فردَّني، وعُرِضتُ عليه في السنة الثانيةِ فأجازَني[٤]. وله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا

---

(١) تحرف في (س) إلى: «بالاختلاف».

(٢) حديث صحيح، أخرجه من حديث معاذ أبو داود (١٥٧٦)، والترمذي (٦٢٣)، والنسائي ٥/ ٢٥، وهو في «المسند» (٢٢٠١٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٨٨٦) وفيه: «ومن كل حالم ديناراً أو عدله معافر».

وأخرج مرسلاً أبو عبيد في «الأموال» (٦٥)، ويحيى بن آدم في «الخراج» (٢٢٩)، والبيهقي ٩/ ١٩٣-١٩٤ من طريق جرير بن عبد الحميد، عن منصور، عن الحكم قال: كتب رسول الله ﷺ إلى معاذ بن جبل وهو باليمن، أن يأخذ من كل حالم أو حالمة ديناراً، أو قيمته.

(٣) حديث صحيح، أخرجه من حديث عائشة أبو داود (٦٤١)، وابن ماجه (٦٥٥)، والترمذي (٣٧٧)، وهو في «المسند» (٢٥١٦٧)، و«صحيح ابن حبان» (١٧١١).

(٤) أخرجه البخاري (٢٦٦٤)، ومسلم (١٨٦٨)، وهو في «المسند» (٤٦٦١)، و«صحيح ابن حبان» (٤٧٢٧).

. . . .

﴿بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، قال ابنُ عباس: ثماني عَشْرةَ سنةً[1]، وهو أقلُّ ما قيل فيه، فأخذنا به احتياطاً، هٰذا أشُدُّ الصبيِّ، فأما أشُدُّ الرجل[2] فأربعون، قال تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ وَبَلَغَ أَرۡبَعِينَ سَنَةٗ﴾ [الأحقاف: ١٥]. والأنثى أسرعُ بلوغاً فنَقَصْناها سنةً.

وأما الحديثُ فالنبيُّ ﷺ كان يُجيزُ غيرَ البالغ، فإنه روي أن رجلاً عَرَض عليه عليه السلام ابنَه فردَّه، فقال: يا رسولَ الله، أتَرُدُّ ابني وتجيزُ رافعاً، وابني يَصْرَع رافعاً؟ فأمرَهما فاصْطرَعا، فصَرَعه فأجازه»[3].

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٦٦: غريب، ونُقل عن البغوي أنه قال عن ابن عباس: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾ نهاية قوته، وغاية شبابه، واستوائه، وهو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين. وروى الطبراني في «معجمه الوسط» (٦٨٢٥) حدثنا محمد بن أحمد بن لبيد، حدثنا صفوان بن صالح، حدثنا الوليدُ ابن مسلم، حدثنا صدقة بن يزيد، عن عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾ قال: ثلاث وثلاثون سنة، وهو الذي رفع عليه عيسى ابن مريم. انتهى. ورواه ابن مردويه في «تفسيره» عن عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن مجاهد، عن ابن عباس في قوله: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾ قال: تسعاً وثلاثين سنة.

قال الطبري في «تفسيره» ١٨/ ١٧٧: وروي عن ابن عباس من وجه غير مرضي أنه قال: ما بين ثماني عشرة سنة إلى ثلاثين.

(٢) في (س): الرجال، والمثبت من (م).

(٣) ذكره بنحوه ابن هشام في «السيرة» من غير إسناد ٣/ ٧٠. =

وإذا راهَقا وقالا: بلَغْنا صُدِّقا. ولا يُحجَرُ على (سم) الحُرّ العاقِلِ البالغِ وإن كانَ سَفِيهاً يُنْفِقُ مالَه فيما لا مَصلَحَةَ له فيه، . . . .

وأدنى مدّةٍ يصدَّقُ الغلامُ فيها على البلوغ اثنا عشْرَةَ سنةً والجاريةُ تسعُ سنين، وقيل غير ذٰلك، وهٰذا هو المختار.

(**وإذا راهَقا وقالا: بلَغْنا صُدِّقا**) لأن ذٰلك لا يُعرَف إلا من جهتهما، فيُصدَّقان فيه إذا احتمل الصدقَ.

قال: (**ولا يُحجَرُ على الحُرِّ العاقِلِ البالغِ وإن كانَ سَفِيهاً يُنْفِقُ مالَه فيما لا مَصلَحَةَ له فيه**) وقالا: يُحجر عليه ويُمنَع من التصرُّف في مالِه نظراً له، لأنا حجرنا على الصبيِّ لاحتمال التبذير، فلأن نحجُرَ على السَّفيه مع تيقُّنِه كان أولى، ولهٰذا يُمنَع عنه مالُه ولا فائدةَ فيه بدون

= وأخرج الحاكم ٢/ ٦٠، ومن طريقه البيهقي ٩/ ٢٢ و١٠/ ١٨، عن محمد ابن محمد بن الحسن، عن علي بن عبد العزيز عن إبراهيم بن عبد الله الهروي، عن هشيم، عن عبد الحميد بن جعفر الأنصاري، عن أبيه، عن سمرة بن جندب قال: أيمت أمي وقدمت المدينة، فخطبها الناسُ، فقالت: لا أتزوج إلا برجل يكفل لي هٰذا اليتيم، فتزوجها رجل من الأنصار، قال: فكان رسول الله ﷺ يعرض غلمان الأنصار في كل عام، فيلحق من أدرك منهم، قال: فعرضت عاماً فألحق غلاماً وردَّني، فقلت: يا رسول الله، لقد ألحقته ورددتني ولو صارعتُه لصرعتُه، قال: «فصارِعْه»، فصارعته، فصرعته، فألحقني.

وأخرجه مرسلاً الطبراني في «الكبير» (٦٧٤٩) عن محمد بن عبدوس بن كامل السراج، عن إبراهيم بن عبد الله الهروي، عن هشيم، عن عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه: أن أم سمرة بن جندب مات عنها زوجها. . . فذكره بنحو سابقه، وقال الهيثمي في «المجمع» ٥/ ٣١٩: رواه الطبراني مرسلاً ورجاله ثقات.

. . . .

الحَجر، لأنه يمكنُه التبذيُر بما يعقِدُه من البيَاعات الظاهرةِ الخُسران، وقد روي أنه عليه السلام باعَ على معاذٍ مالَه وقضَى دُيونَه[1]. وباع عمرُ مالَ أُسَيْفِعَ جُهَينةَ لسَفَهِه[2]. ولأبي حنيفة ما رُوي أن حَبَّانَ بن مُنْقِذ

---

(١) رواه الدارقطني (٤٥٥١)، والحاكم ٣/ ٢٧٣، والبيهقي ٦/ ٤٨ من طريق هشام بن يوسف، عن معمر، عن الزهري، عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه، بلفظ: أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه. وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

وخالفه عبد الله بن المبارك كما في «سنن سعيد بن منصور» فيما نقله عن ابن الجوزي في «التحقيق» (١٥٩٣)، والحارث بن أبي أسامة في «مسنده» (٤٤٧ ـ زوائد الهيثمي)، وكذا عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥١٧٧) فروياه عن معمر، عن الزهري، عن عبد الرحمٰن بن كعب بن مالك، مرسلاً.

ورواه أبو داود في «المراسيل» (١٧١) عن سليمان بن داود المهري، حدثنا ابن وهب، أخبرني يونس بن يزيد، عن ابن شهاب، أخبرني عبد الرحمٰن بن كعب بن مالك. وهٰذا سند رجاله ثقات، إلا أن عبد الرحمٰن بن كعب لم يدرك معاذ بن جبل فهو منقطع.

وقال عبد الحق الإشبيلي: المرسل أصح. وقال صاحب «التنقيح» ٣/ ٢٦: والمشهور في الحديث الإرسال.

ونقل الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٣/ ٣٧ عن ابن الطلاع في «الأحكام» قوله: هو حديث ثابت وكان ذٰلك في سنة تسع، وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم، فقالوا: يا رسول الله، بعه لنا، قال: ليس لكم إليه سبيل.

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٣/ ٤٠ وقال: مالك ـ أي رواه ـ في «الموطأ» (٢/ ٧٧٠) بسند منقطع: أن رجلاً من جُهينة كان يسبقُ الحاجَّ، فيشتري الرَّواحل فيُغْلي بها، ثم يُسرع السَّير، فيسبق الحاج، فأَفْلَسَ، فَرُفِع أمرُه=

= إلى عمر بن الخطاب، فقال: أما بعدُ، أيها الناسُ: فإن الأُسَيْفِع، أُسَيْفِعَ جُهينة، رضي من دينه وأمانتِه بأن يقال: سَبَق الحاج، ألا وإنه قد دَانَ مُعرِضاً، فأصبح قد رِينَ به، فمن كان له عليه دينٌ، فليأتينا بالغداةِ، نقسِمُ مالَه بينهم، وإياكم والدَّيْنَ، فإن أولَه هَمٌّ وآخرَه حَرَبٌ. ووصله الدارقطني في «العلل» من طريق زهير بن معاوية، عن عبيد الله بن عمر، عن عمر بن عبد الرحمٰن بن عطية بن دَلاف، عن أبيه، عن بلال بن الحارث عن عمر، وهو عند مالك عن ابن دَلاف عن أبيه أن رجلاً، ولم يذكر بلالاً، قال الدارقطني: والقول قول زهير ومن تابعه. وقال ابن أبي شيبة (٧/ ٢١٩) عن عبد الله بن إدريس، عن العمري ـ عبيد الله ـ، عن عمر بن عبد الرحمٰن بن دَلاف، عن أبيه، عن عمه بلال بن الحارث المزني، فذكر نحوه. قال البخاري في «تاريخه»: عمر بن عبد الرحمٰن بن عطية بن دلاف المزني المدني، روى عن أبي أمامة وسمع أباه. انتهى.

وهو عند البيهقي في «سننه» ٦/ ٤٩ و١٠/ ١٤١ بمثل رواية مالك المنقطعة.

وأخرجه عبد الرزاق في «المصنف» كما في «الإصابة» ١/ ٢٠٠ عن معمر عن أيوب: ذكر بعضهم قال: كان رجل من جهينة يبتاع الرواحل فيغلي بها، فدار عليه دين حتى أفلس، فقام عمر على المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: لا يغرنكم صيام رجل ولا صلاته، ولكن انظرو إلى صدقه إذا حدَّث، وإلى أمانته إذا اؤتمن، وإلى ورعه إذا استغنى، ثم قال: ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة، فذكره.

وعن ابن عيينة، عن زياد بن سعد، عن ابن دلاف، عن أبيه، فذكره.

وأخرجه أبو عبيد في «غريب الحديث» ٣/ ٢٦٩ عن أبي النضر، عن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة، عن ابن دلاف، عن عمر.

الرواحل: جمع راحلة، وهي الناقة الصالحة للرحل. فيغليها: يزيد بها.

وقوله: دانَ معرضاً: أي استدان متهاوناً بذٰلك، فأصبح قد رِينَ به، أي: أحيط به، يريد أحاط به غرماؤه، وأحاط الدين به.

وقوله: وآخره حَرَبٌ. الحرب: بتحريك الراء السَّلَب، ومنه قول العرب: رجل حريب، أي: سليب مسلوب.

كان يُغبَنُ في البيَاعات، فطَلَبَ أولياؤُه من النبي عليه السلام الحَجْر عليه، فقال له: «إذا ابتَعْتَ فقلْ: لا خِلابةَ، وليَ الخيارُ ثلاثةَ أيامٍ» ولم يَحْجُر عليه[1]. ولأنه مخاطَبٌ فلا يُحجَر عليه كالرَّشيد، ولأنه لا يندفع الضررُ عنه بالحَجْر، فإنه يَقْدِرُ على إتلاف أموالِه بتزويج الأربعِ وتطليقِهنَّ قبل الدخول وبعدَه في كلِّ يومٍ ووقتٍ، ولا معنى للحَجْر عليه لدفع الضَّرَر عنه، ولا يندفعُ، ولأن الحَجْرَ عليه إهدارٌ لآدميَّتهِ، وإلحاقٌ له بالبهائم، وضررُه بذلك أعظمُ من ضررِه بالتبذير وإضاعةِ المال، وهذا مما يعرفه ذَوو العقول والنفوس الأبيَّة، ولا يجوز تحمُّل الضررِ الأعلى لدفع الضررِ الأدنى، حتى لو كان في الحَجْر عليه دفعُ الضَّرر العامِّ جازَ كالمُفتِي الماجِن، والطبيبِ الجاهل، والمُكاري المُفْلِس لعموم الضَّرر من الأوّل في الأديان، ومن الثاني في الأبدان، ومن الثالث في الأموال.

وأما حديثُ معاذٍ قلنا: إنما باع مالَه برِضاه، لأن معاذاً لم يكن سفيهاً، وكيف يُظَنُّ به ذلك وقد اختارَه ﷺ للقضاء وفَصْل الحُكم[2]!

---

(١) سلف تخريجه ص٢٣. في كتاب البيوع.

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (١٣٩٥)، ومسلم (١٩) وهو في «المسند» (٢٠٧١)، و«صحيح ابن حبان» (١٥٦) ولفظه: أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم =

ثُم إذا بَلَغَ غيرَ رَشِيدٍ لا يُسَلَّمُ إليه مالُه، فإذا بَلَغَ خَمْساً وعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إليه وإن لم يُؤْنَسْ رُشْدُه (سم)، وإن تَصَرَّفَ فيه قَبلَ ذٰلك نَفَذَ.

وكذٰلك بيعُ عمرَ رضي الله عنه، وقيل بأنه كان بيعَ الدراهمِ بالدنانير وأنه جائزٌ، والحجرُ عليه أبلغُ عقوبةً من منعِ المال، فلا يُقاس عليه، ومنعُ المال عنه مفيدٌ، لأن غالبَ السَّفَه يكون في الهِبَات والنفقات فيما لا مصلحةَ فيها، وذٰلك إنما يكونُ باليد.

وإذا حَجَر عليه القاضي فَرَفَعَ إلى قاضٍ آخرَ فأبطَلَه، جاز، لأن القضاءَ الأوّلَ مختَلَفٌ فيه، لا قضاءً في مختَلَفٍ فيه، فلو أمضاه الثاني ثم رَفَع إلى ثالث لا يَنقُضُه، لأن الثاني قضَى في مختَلَفٍ فيه فلا يُنقَضُ، ثم عند أبي يوسف: إن كان مبذِّراً استَحَقَ الحجرَ فينفُذُ تصرُّفه ما لم يَحْجُرْ عليه القاضي، فإذا صَلَحَ لا ينطلِقُ إلا بإطلاقه. وقال محمد: تبذيرُه يَحْجُرُه وإصلاحُه يُطلِقُه نظراً إلى المُوجِب وزوالِه. ولأبي يوسف: أنه فصلٌ مجتَهَدٌ فيه، فلا بدَّ من القضاء ليترجَّح به.

(ثم) عند أبي حنيفةَ **(إذا بَلَغَ غيرَ رَشِيدٍ لا يُسَلَّمُ إليه مالُه)** لعدم شرطه، وهو إيناسُ الرَّشَد بالنصّ.

(فإذا بَلَغَ خَمْساً وعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إليه وإن لم يُؤْنَسْ رُشْدُه، وإن تَصَرَّفَ فيه قَبلَ ذٰلك نَفَذَ) وقالا: لا يُدفَع إليه حتى يُؤنَسَ رُشْدُه بالنصّ،

= وليلة، فإن هم أطاعوا لذٰلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم».

وأخرجه من حديث معاذ مسلم (١٩)، وهو في «المسند» (٢٢٠٥٣)، و«صحيح ابن حبان» (٦٤٧).

. . . .

ولا يجوز تصرُّفه فيه، لأن علَّة المنع السَّفَه، فيبقى ببقائِه. ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ﴾ [النساء: ٦]، وهٰذا إشارةٌ إلى أنه لا يُمنَع عنه إذا كَبِر، وقدَّره أبو حنيفة بهٰذه المدّة، لأن الغالب إيناسُ الرُّشْد فيها، ألا ترى أنه يصلُحُ أن يكون جَداً. وعن عمر أنه قال: ينتهي لُبُّ الرجل إلى خمسٍ وعشرين سنةً، وفَسَّر الأَشُدَّ بذٰلك في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]. وتصرُّفه قَبلَ ذٰلك نافذٌ، لأن المنعَ عنه للتأديب لا للحَجْر، فلهٰذا نَفَذَ تصرُّفه فيه.

ثم نفرِّعُ المسائلَ على قولهما فنقول: إذا حَجَر القاضي عليه صار في حُكم الصبيِّ، إلا في أشياءَ فإنها تصحُّ منه كالعاقِل، وهي: النكاحُ، والطلاقُ، والعِتاق، والاستيلادُ، والتدبيرُ، والوصيةُ مثلُ وصايا الناس، والإقرارُ بالحدود والقِصاص، لأنه من أهل هٰذه التصرُّفات لكونه مخاطَباً.

أما النكاحُ فهو من الحوائجِ الأصليةِ، ويلزَمُ بمثل مهرِ المِثل لأنه لا غُبْنَ فيه، ويَبطُلُ ما زاد عليه لأنه تصرُّفٌ في المال وصار كالمريض المديون، وإن كانت المرأةُ سفيهةً فزوَّجتْ نفسَها من كُفْءٍ بأقلَّ من مهرِ المثلِ جاز، فإن كان أقلَّ بما لا يُتغابَنُ فيه ولم يدخُل بها، يقال للزوج: إما أن يتمِّمَ لها أو يفارقَها، لأن رضاها بالنقصان لم يصحَّ، ويُخيَّر الزوجُ لأنه ما رضي بالزيادة، وإن دَخَل بها لم يخيَّر، ووجَبَ مهرُ المِثل، فلا فائدةَ في التخيير.

وأما الطلاقُ، فلقوله عليه السلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمعتوه»[1] ولأن كلَّ مَن مَلَكَ النكاح وقَعَ طلاقُه.

والعِتقُ لوجود الأهليَّة، ويسعى العبدُ في قيمتِه لمكان الحَجْر عن التبرّعات بالمال، إلا أن العِتق لا يَقبَلُ الفسخَ فقلنا بنفاذِه، ووجوبُ السعاية نظراً للجانبين. وعن محمد: أنه لا يسعَى.

وأما التدبيرُ فلأنه يوجِبُ حقَّ العِتق، أو هو عتقٌ من وجهٍ، فاعتُبر بحقيقة العِتق، إلا أنه لا يسعى إلا بعدَ الموت، فإذا مات ولم يؤنَسْ رُشْدُه سعى في قيمتِه مدبَّراً، كأنه أعتَقَه بعد التدبير.

وأما الاستيلادُ فإن وطِئَها فولَدَت وادَّعاه ثبت نسبُه لحاجتِه إلى بقاء النسل، ولا يسعى إذا مات، وكذٰلك إن أقرَّ أنها أمُّ ولدِه ومعها ولدٌ، وإن لم يكن معها ولدٌ سَعَتْ في قيمتِها بعد الموت، لأنه متَّهمٌ في ذٰلك فصار كالعِتق.

وأما الوصيةُ، فالقياسُ أن لا تصحَّ، لأنها تبرُّعٌ وهبةٌ، لٰكنا استحسنَّا ذٰلك إذا كانت مثلَ وصايا الناس، لأنها قربةٌ يُتَقرَّب بها إلى الله تعالى، وهو يحتاج إليها سِيَّما في هٰذه الحالة.

وأما الإقرارُ بالحدود والقِصاص، فلأن الحَجْر عن التصرُّف في المال لا غيرَ، وهو عاقلٌ بالغٌ فيصحُّ إقرارُه فيما لا حَجْرَ عليه فيه، ويلزَمُه حقوقُ الله تعالى من الزكوات والكفَّارات والحجِّ، لأنه مخاطَبٌ،

---

(١) سلف تخريجه ص٢٣٢.

ولا حَجْرَ عن حقوق الله تعالى، فتُخْرَجُ عنه الزكاةُ بمَحْضَرٍ من القاضي أو أمينِه احترازاً أن يصرِفَها في غير مَصْرِفِها.

وأما الكفاراتُ فما للصوم فيه مدخلٌ فيكفِّرُه بالصوم لا غير، كابنِ السبيل المنقطِع عن مالِه. ولو أعتَقَ عن ظِهارِه نفَذَ العِتقُ وسعى العبدُ في قيمتِه، ولا يُجزيه عن الظهار لأنه عِتْقٌ ببدلٍ، كالمريض المديون إذا أعتَقَ عن ظهارِه ثم مات، يسعى العبدُ للغُرَماء ولا يُجزيه، وكذا سائرُ الكفارات. ولو كفَّر بالصوم ثم صَلَحَ قبل تمامِه فعليه أن يكفِّر لزوال العَجْز.

وأما الحجُّ فإن القاضي يسلِّمُ النفقةَ إلى ثقةٍ في الحاجّ ينفِقُها عليه، ولا يُمنَع من عمرةٍ واحدةٍ لوجوبها عند بعض العلماء، ولا من القِران لأنه أفضلُ وأثوَبُ، ولأنه لا يُمنَع من كلٍّ واحدةٍ منهما على الانفراد، فكذا على الاجتماع، وبل أولى لأنه أفضل، وله أن يسوقَ البَدَنَةَ لمكان الاختلاف، فإن عمرَ رضي الله عنه فسَّر الهدي بالبَدَنة.

وتلزمُه حقوقُ العبادِ إذا تحققت أسبابُها عملاً بالسبب، وكذلك النفقةُ على زوجتِه وولدِه وذوي أرحامِه، لأن السَّفَه لا يُبطِلُ حقوقَ العباد، ولأن نفقة الزوجة والأولادِ من الحوائجِ الأصلية.

قال: (**ولا يُحْجَرُ على الفاسِقِ**) أما عنده فظاهر، وأما عندهما: إن كان مصلحاً لمالِه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، وقد أُنس منه نوع رُشْد وهو إصلاحُ المال، فيتناولُه النصُّ، ولأن

ولا على المَدْيُونِ، فإن طَلَبَ غُرَماؤُه حَبْسَه، حَبَسَه حتَّى يَبيعَ ويُوَفِّيَ الدَّينَ، فإن كانَ مالُه دَرَاهمَ أو دَنانيرَ والدَّينُ مثْلُه قَضَاهُ القاضِي بِغَيرِ أمرِه، وإن كانَ أحدُهُما دَرَاهمَ والآخَرُ دَنانيرَ أو بالعَكس باعَه القاضِي في الدَّينِ، ولا يَبِيعُ العُرُوضَ ولا العَقَارَ، . . . .

الحجرَ للفساد في المال لا في الدَّين، ألا ترى أنه لا يُحجَرُ على الذِّميِّ، والكفرُ أعظمُ من الفِسق.

قال: (ولا) يُحجَر (على المَدْيُونِ) لما تقدّم في الحَجْر على السفيه.

(فإن طَلَبَ غُرَماؤُه حَبْسَه حَبَسَه حتَّى يَبيعَ ويُوَفِّيَ الدَّينَ) على الوجه الذي بيناه في أدب القاضي.

(فإن كانَ مالُه دَرَاهمَ أو دَنانيرَ والدَّينُ مثْلُه قَضَاهُ القاضِي بِغَيرِ أمرِه) لأن ربَّ الدَّين له أخذُه بغير أمره، والقاضي يُعينُه عليه.

(وإن كانَ أحدُهُما دَرَاهمَ والآخَرُ دَنانيرَ أو بالعَكس باعَه القاضِي في الدَّينِ) والقياس أن لا يبيعَه، كالعُروض لأنه نوعُ حَجْرٍ. وجه الاستحسان: أنهما كجنسٍ واحدٍ نظراً إلى الثمنيَّة والماليَّة وعدمِ التعيين، بخلاف العُروض لأنها مبايِنةٌ للديون من كلِّ وجه، والغَرَضُ يتعلق بعين[1] العُروض دون الأثمان فافترَقا.

(ولا يَبِيعُ العُرُوضَ ولا العَقَارَ) لأنه حُجِرَ عليه، وهو تجارةٌ لا عن تراضٍ.

---

(١) في (س): بغير، والمثبت من (م).

وقالا: يَبِيع، وعليه الفَتوَى.

(وقالا: يَبِيع، وعليه الفَتوَى) وقال أبو يوسف ومحمد: إذا طَلَبَ غُرَماء المفلِسِ الحجرَ عليه حَجَرَ القاضي عليه ومَنَعه من التصرُّفات والإقرارِ، حتى لا يضرَّ بالغُرَماء نظراً لهم، لأنه ربما ألْجَأ مالَه فيفوتُ حقُّهم.

ولا يُمنَعُ من البيع بمثِل الثمن لأنه لا يُبطِلُ حقَّ الغُرماء، ويبيعُ مالَه إن امتنع المديونُ من بيعِه، وقَسَمَه بين الغُرماء بالحِصص، لأن إيفاءَ الدَّين مستحقٌ عليه، فيستحقُّ عليه البيع لإيفائه، فإذا امتَنَع باع القاضي عليه نيابةً كالجَبِّ والعُنَّة، ولأبي حنيفة ما مرَّ، وجوابُهما أن التلجئَة متوهمةٌ فلا يبنى عليها حكمٌ متيقنٌ، وقضاءُ الدَّين مستحقٌّ عليه، لٰكن لا نسلِّم تعيينَ البيع له، بخلاف الجَبِّ والعُنَّة، وإنما يُحبَس ليوفِّي دَينَه بأيّ طريق شاء، ثم التفريع على أصلهما أنه يُباع في الدَّين النقودُ، ثم العُروض، ثم العقار لما فيه من المسارعةِ إلى قضاء الدين ومراعاةِ المديون، ويترك له ثيابُ بَدَنِه دست أو دستان، وإن أقرَّ في حال الحَجْر بمالٍ لزمَه بعدَ قضاء الديون، لأن هٰذا المال تعلَّق به حقُّ الأوّلين، ولأنه لو صحَّ في الحال لما كان في الحَجْر فائدةٌ، حتى لو استفادَ مالاً بعد الحَجْر نَفَذَ إقرارُه فيه، لأنه لم يتعلَّق به حقُّهم، ولو استهلك مالاً لزِمَه في الحال، لأنه مشاهَدٌ[1] لا رادَّ له، وينفقُ من مالِه عليه وعلى زوجتِه وأولادِه الصغارِ وذوي أرحامِه، لأنها من الحوائج

(١) أي: بمعايَنةٍ من الشهود، كما في هامش (م).

وإن لم يَظْهَرْ لِلمُفْلِسِ مالٌ فالحُكمُ ما مَرَّ في أدَبِ القاضِي، ولا يَحُول بَيْنَه وَبَينَ غُرَمائِه بعدَ خُرُوجهِ من الحَبْسِ، يُلازِمُونَه ولا يَمْنَعُونَه من التَّصرُّفِ والسَّفرِ، ويأخُذُونَ فَضْلَ كَسْبهِ يقتَسِمُونَه بينَهُم بالحِصَصِ.

الأصليَّة، وأنها مقدَّمة على حقِّهم. ولو تزوّج امرأةً فهي في مهرِ مثلِها أسوةَ الغُرَماء.

قال: (**وإن لم يَظْهَرْ لِلمُفْلِسِ مالٌ، فالحُكمُ ما مَرَّ في أدَبِ القاضِي**) إلى أن قال: خلَّى سبيلَه.

قال: (**ولا يَحُول بَيْنَه وَبَينَ غُرَمائِه بعدَ خُرُوجهِ من الحَبْسِ، يُلازِمُونَه ولا يَمْنَعُونَه من التَّصرُّفِ والسَّفرِ، ويأخُذُونَ فَضْلَ كَسْبهِ يَقسِمُونَه بَينَهُم بالحِصَصِ**) قال عليه السلام: «لصاحب الحقِّ اليدُ واللسان»[1] أي: اليدُ بالملازمة، واللسانُ بالاقتضاء. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا فَلَّسَه القاضي حالَ بينَه وبين الغُرَماء، إلا أن يقيموا البينةَ أنه قد حصل له مالٌ، وهٰذا بناءً على صحَّةِ القضاء بالإفلاس، فيصحُّ عندهما فيستحقُّ الإنظارَ، وعند أبي حنيفة: لا يصحُّ لأن الإفلاس لا

---

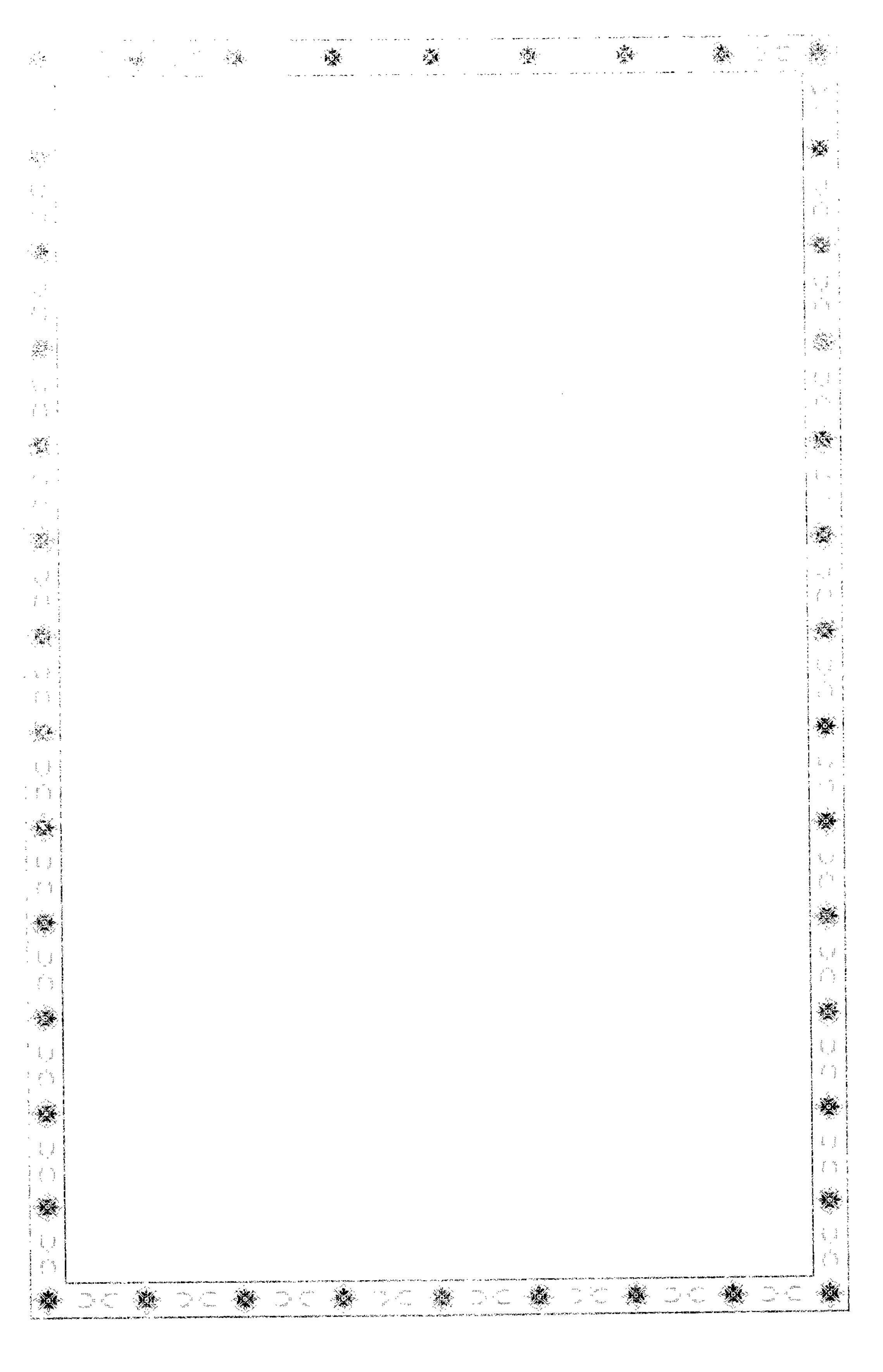
(١) أخرجه من حديث أبي عنبة الخولاني ابنُ عدي في «الكامل» ٦/ ٢٢٨١ وإسناده ضعيف لضعف محمد بن معاوية النيسابوري أحد رواته. وتحرف في مطبوعة «الكامل» أبو عنبة فيه إلى أبي عيينة.

وأخرجه الدارقطني مرسلاً عن مكحول في «سننه» (٤٥٥٣).

ويغني عنه حديث أبي هريرة: «... دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً...» الحديث، أخرجه البخاري (٢٣٠٦)، ومسلم (١٦٠١)، وهو في «المسند» (٩٣٩٠).

يتحقق، فإن المال غادٍ ورائحٌ، ولأن الشهادة شهادةٌ على العَدَم حقيقةً فلا تُقبل، ولأن الشهودَ لا يتحقَّقون باطنَ أحوال الناس وأمورَهم، فربما له مالٌ لا يطَّلعُ عليه أحدٌ قد أخفاه خوفاً من الظَّلَمة واللُّصوص، وهو يُظهِر الفقرَ والعُسْرةَ، فإذا لازموه فربما أضْجَروه فأعطاهم، والملازمةُ: أن يدور معه حيث دار، ويجلسَ على بابه إذا دخل بيتَه. وإن كان المديونُ امرأةً لا يُلازمُها حَذَاراً من الفتنة، ويَبعثُ امرأةً أمينةً تلازمُها، وبيِّنةُ اليسار مقدّمةٌ على بينةِ الإعسار، لأنها مُثبِتةٌ، إذ الأصلُ الإعسار.

❑ ❑ ❑



كتاب المأذون

كتاب المأذون

الإذنُ في اللغة: الإعلام، قال تعالى: ﴿ وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ ﴾ [الحج: ٢٧]، أي: أَعْلِمْ، ومنه الأذانُ، لأنه إعلامٌ بوقت الصلاة.

وفي الشرع: فَكُّ الحَجْر وإطلاقُ التصرُّفِ لمن كان ممنوعاً عنه شرعاً. فكأنه أعلَمَه بفَكّ الحَجْر عنه وإطلاقِ تصرُّفِه، وأعلَمَ التجارَ بذٰلك ليُعامِلوه.

وفائدتُه اهتداءُ الصبيِّ والعبدِ إلى إصدار التصرُّفات، واكتسابِ الأموال، واستجلاب الأرباح، وقد نَدَب تعالى إلى ذٰلك بقوله: ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ [النساء: ٦]، أي: اختَبِروهم بشيءٍ تدفعونَه إليهم من المال ليتصرّفوا فيه، فتنظروا في تصرُّفهم.

والدليلُ على جوازه ما رُوي أن النبيَّ عليه السلام كان يُجيبُ دعوةَ المملوك[1]. ولا يجوز إجابةُ دعوة المَحْجور عليه، فدلَّ على جواز الإذنِ. وعليه الإجماعُ.

---

(١) أخرجه ضمن حديث عن أنس ابن ماجه (٢٢٩٦) و(٤١٧٨)، والترمذي (١٠١٧)، وهو عند البغوي في «شرح السنة» (٣٦٧٣). وإسناده ضعيف لضعف مسلم بن كيسان الملائي الأعور. أحد رواته.

ويَثبُتُ بالصَّرِيحِ وبالدِّلالَةِ (ز) كما لو رآهُ يَبِيعُ ويَشْتَرِي فسَكَتَ، وسَوَاءٌ كانَ البَيعُ لِلمَولَى أو لِغَيرِه بِأمرِه أو غيرِ أمرِه صَحيحِاً أو فاسِداً، . . . .

ثم العبدُ بالإذن يصيرُ كالأحرار في التصرُّفات، لأنه كان مالكاً للتصرُّفات بأهليَّتِه بأصل الفِطرة باعتبار عقلِه ونُطْقِه الذي هو ملاكُ التكاليف، والحجرُ عليه إنما كان لِحَقِّ المولى، لاحتمال لُحُوق الضَّرر به بتعلُّق الدَّين برقبته أو بكسبه، وكلُّ ذٰلك ملكُ المولى، فإذا أذِن له فقد رضي بتصرُّفه، فيتصرَّفُ باعتبار مالكيتِه الأصليةِ، ولهٰذا قلنا إنه لا يتوقتُ، لأن الإسقاطاتِ لا تتوقتُ، حتى لو أذِنَ له يوماً أو شهراً كان مأذوناً مطلَقاً ما لم يَنْهَه، وكذٰلك إذنُ القاضي والوصيِّ لعبد اليتيم، وكذٰلك للصبيِّ الذي يعقِلُ، فإن الحَجْر عليه إنما كان خوفاً من سُوء تصرُّفه وعدمِ هدايتِه للأصلح، فإذنُهما له دليلُ صلاحية التصرُّف، فجاز تصرُّفه.

قال: (**ويَثبُتُ بالصَّرِيحِ وبالدِّلالَةِ، كما لو رآهُ يَبِيعُ ويَشْتَرِي فسَكَتَ، وسَوَاءٌ كانَ البَيعُ لِلمَولَى أو لِغَيرِه بِأمرِه أو غيرِ أمرِه صَحيحِاً أو فاسِداً**) لأن سُكوتَه عند هٰذه التصرّفات دليلُ رضاه، كسكوت الشفيع عند تصرُّف المشتري. وقال زفر: لا يثبُتُ بالدّلالة، لأن سُكوتَه محتملٌ، وصار كالوكيل. ولنا: أن الناس إذا رأوه يتصرَّفُ هٰذه التصرّفات والمولى ساكتٌ يعتقدون رضاه بذٰلك، وإلا لَمَنَعه، فيعاملونَه معاملةَ المأذون، فلو لم يُعتبَرْ سكوتُه رِضاً يُفضي ذٰلك إلى الإضرار بهم، فوجب أن يكون سكوتُه رضاً دفعاً للضَّرر عنهم.

ويَصِيرُ مأذُوناً بالإذْن العامِّ والخَاصِّ، ....

قال: (**ويَصِيرُ مأذُوناً بالإذْن العامِّ والخَاصِّ**) فالعامُّ: أن يقول لعبده: أذنتُ لك في التجارة، أو أذنتُ لك في البيع والشراء، ولا يُقيِّدُه بشيءٍ، لأن ذٰلك عامٌّ فيتناول جميع الأنواع، وكذٰلك إذا قال: أدِّ إليَّ الغَلَّة، أو إن أدَّيتَ إليَّ ألفاً فأنتَ حرٌّ، لأنه لا قُدرةَ على ذٰلك إلا بالكَسب، ولا كسبَ إلا بالتجارة. ويجوز تصرُّفه بالغَبْن، وقالا: لا يجوز إذا كان غَبْناً فاحشاً، لأن الزيادةَ بمنزلة التبرُّع. وله: أنه يتصرّفُ بأهليَّتِه كالحُرِّ، وهٰذه تجارة فيجوزُ. والصبيُّ المأذونُ على هٰذا الخلاف.

والخاصُّ: أن يأذن له في التجارةِ في نوعٍ خاصٍّ، بأن يقول له: أذِنتُ لك في البَزِّ أو في الصَّرْف أو في الخِياطَة أو في الصِّياغة، فإنه يصيرُ مأذوناً في جميع التجارات والحِرَف، وكذٰلك إذا نهاه عن التجارة في نوعٍ خاصٍّ، وكذٰلك لو قال: أذنتُ لك في التجارة في البَرِّ دون البحر. وقال زفر: يختصُّ بما قيَّده، لأنه يستفيد التصرُّف بإذنه، وصار كالوكيل. ولنا ما بينا أنه فَكَّ الحَجْرَ وَرَفَع السببَ الذي كان لأجلِه محجوراً، فبعدَه يتصرّفُ لنفسِه بأهليتِه كما بعد الكتابة.

وفكُّ الحَجْر يوجدُ بالإذن في نوعٍ واحد، لأن الضررَ الذي يلحَقُ المولى لا يتفاوت بين نوع ونوع فيلغو التقييدُ، ويبقى قولُه: اتَّجِرْ، وليس كالوكيل لأنه يصحُّ بقولِه: أذنتُ لك في التجارة، ولا يصحُّ التوكيلُ به لأنه مجهولٌ، أما رفعُ الحَجْر: إسقاطُه، والجهالةُ لا تُبطِلُه،

ولو أذِنَ له بِشرَاءِ طَعامِ الأكلِ وثِيابِ الكِسْوَةِ لا يَصِيرُ مأذُوناً، ولِلْمأذُونِ أن يَبِيعَ ويَشْتَرِيَ، ويُوَكِّلَ، ويُبْضِعَ، ويُضارِبَ، ويُعِيرَ، ويَرهَنَ ويَستَرهِن، ويُؤَجِّرَ ويَستأجرَ، ويُسْلِمَ ويقْبَلَ السَّلَمَ، ويُزارِعَ ويَشتَرِيَ طعاماً ويَزرَعَه، وَيُشارِكَ عِنَاناً، . . . .

ولا يرجعُ على العبد بالعُهدة في تصرُّفاته، ويرجعُ على الوكيل، ولو اقتصر على قوله: أذنت لك، صَحَّ، وفي التوكيل لا يصحُّ، والصبيُّ يتصرّفُ لنفسِه في مالِه فلا يكون نائباً.

قال: **(ولو أذِنَ له بِشرَاءِ طَعامِ الأكلِ وثِيابِ الكِسْوَةِ لا يَصِيرُ مأذُوناً)** لأنه استخدامٌ وليس بتجارة، لأن التجارةَ ما يُطلَبُ منه الربحُ، ولأنه لو اعتبرناه إذناً أدَّى إلى سَدِّ باب الاستخدام، وفيه من الفساد ما لا يخفَى.

قال: **(ولِلْمأذُونِ أن يَبِيعَ ويَشْتَرِيَ)** لأنه أصلُ التجارة.

(ويُوَكِّلَ) لأنه قد لا يمكنُه المباشرةُ بنفسِه في بعض الأحوال.

(ويُبْضِعَ، ويُضارِبَ) لأن ذلك من التجارة.

(ويُعِيرَ) لأن ذلك من أفعال التجار.

(ويَرهَنَ ويَستَرهِن) لأنه وفاءٌ واستيفاء، وهما من توابع البيع.

(ويُؤَجِّرَ ويَستأجرَ ويُسْلِمَ ويقْبَلَ السَّلَمَ) لأن كلَّ ذلك من صَنيع التجار.

(ويُزارِعَ ويَشتَرِيَ طعاماً ويَزرَعَه) لأنه تجارةٌ يُقصَد بها الربحُ.

(وَيُشارِكَ عِنَاناً) لأنها من أفعال التجار، وله أن يؤاجِرَ نفسَه لأنه يحصُل به الربحُ والاكتسابُ وهو المقصود.

ولو أقَرَّ بِدَينٍ أو غَصْبٍ أو وَدِيعَةٍ جاز، ولا يتزَوَّجُ، ولا يُزَوِّجُ ممَالِيكَه (س)، ولا يُكاتِبُ، ولا يُعْتِقُ، ولا يُقْرِضُ، وَلا يَهَبُ، وَلا يَتَصدَّقُ، وَلا يَتَكَفَّلُ، ويُهْدِي القَلِيلَ مِنَ الطَّعام، وَيُضَيِّفُ مُعامِلِيه . . . .

(ولو أقَرَّ بِدَينٍ أو غَصْبٍ أو وَدِيعَةٍ جاز) لأن لو لم يصحَّ لامتنع الناس من معاملتِه، ولأن الغصب مبادلةٌ.

(ولا يتزَوَّجُ) لأنه ليس من التجارةِ، فلو تزوَّج أخذ بالمَهر بعد الحريَّة.

(ولا يُزَوِّجُ ممَالِيكَه) وقال أبو يوسف: يزوِّجُ الأَمَة لأنه نوعُ تجارةٍ، وهو وجوبُ نفقتِها على غيرِه، بخلاف العبدِ، لأنه يوجِبُ عليه نفقَةَ زوجتِه. ولهما: أنه ليس بتجارةٍ، ولهٰذا لا يملِكُه في العبد، ونفقتُها ليست بتجارةٍ، ولأن الزواج عيبٌ في الأَمَة.

(ولا يُكاتِبُ) لأنه إطلاقٌ وليس بتجارةٍ، (ولا يُعتِقُ) بمالٍ ولا غير مال، (ولا يُقْرِضُ، وَلا يَهَبُ) بعِوَض ولا بغير عِوَضٍ، (وَلا يَتَصدَّقُ) لأن ذٰلك تبرُّعٌ ابتداءً، أو ابتداءً وانتهاءً، وليس من التِّجارات، (وَلا يَتَكَفَّلُ) بنفسٍ ولا بمالٍ لأنه تبرُّعٌ.

قال: (ويُهْدِي القَلِيلَ مِنَ الطَّعام، وَيُضَيِّفُ مُعامِلِيه) لأنه من صنيع التجار، وفيه استمالةُ قلوب المُعامِلين، وقد صحَّ أنه عليه السلام قَبل هديةَ سلمانَ الفارسيِّ وكان عبداً[1]. وقال محمد: يتصدَّق بالرغيفِ

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٣٧١٢)، وابن حبان في «صحيحه» (٧١٢٤). وهو حديث حسن.

وَيأذَنُ لِرَقِيقِه في التِّجارَةِ، وَما يَلْزَمُهُ مِنَ الدُّيُونِ بِسَبَبِ الإذْنِ مُتعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ يُباعُ فِيهِ إلا أنْ يَفْدِيَهُ المَوْلى، . . . .

ونحوه، ولم يقدِّرْ محمدٌ الضيافةَ اليسيرةَ، وقيل: ذٰلك على قَدْر مال التجارة، إن كانت نحوَ عشرةِ آلافٍ، فالضيافةُ بعشرةٍ، وإن كانت تجارتُه عشرةَ دراهم فدانِقٌ[1] كثيرٌ، وله أن يحُطَّ من الثمن بعيبٍ كعادة التجار، ولعلَّه أصلحُ من الرضا بالعَيب، ولا يحطُّ بغير عيبٍ لأنه تبرُّعٌ.

قال: (**وَيأذَنُ لِرَقِيقِه في التِّجارَةِ**) لأنه نوعُ تجارةٍ، والأصل أنّ كلَّ مَن له ولايةُ التجارة يصحُّ إذنه للعبد فيها، كالمكاتَب والمأذونِ والمضارِبِ والأبِ والجَدِّ والقاضي وشَريكَي المفاوضةِ والعِنَان والوصيِّ، ولا يجوز ذٰلك للأم والأخِ والعَمِّ، لأنه ليس لهم ولايةُ التجارة.

قال: (**وَما يَلْزَمُهُ مِنَ الدُّيُونِ بِسَبَبِ الإذْنِ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ يُباعُ فِيهِ، إلا أنْ يَفْدِيَهُ المَوْلى**) لأن المولى رضيَ بذٰلك، فإنه لو لم يتعلَّق برقبتِه كان تصرُّفه نفعاً محضاً فلا حاجةَ إلى الإذن، وإنما شَرَط إذنَ المولى ليصيرَ راضياً بهٰذا الضَّرر، ولأن سببَ هٰذا الدَّين التجارةُ، وهي بإذنِه، ولأن تعلُّق الدَّين برقبتِه مما يدعو إلى معاملتِه، وأنه يصلحُ مقصوداً للمولى، فينعدِمُ الضررُ في حقِّه، إلا أنه يبدأ بكَسْبِه لأنه أهون.

---

(١) الدانَِق: بفتح النون وكسرها: سُدُس الدِّرهم.

فإنْ لَمْ يَفِ بالدُّيُونِ، فإنْ فَدَاهُ المَوْلَى بدُيُونِ الغُرَماءِ انْقَطَعَ حَقُّهُمْ عَنْهُ، وَإلاَّ يُباعُ وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ بالحِصَصِ، فإنْ بَقِي شَيْءٌ طُولبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ، وَإنْ حَجَرَ المَوْلَى عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حتَّى يُعْلِمَ أَهْلَ سُوقِهِ أو أكثرَهُم، وإن وَلَدَتِ المَأْذُونَةُ من مَولاها فهو حَجْرٌ (ز)، . . . .

(فإنْ لَمْ يَفِ بالدُّيُونِ، فإنْ فَدَاهُ المَوْلَى بدُيُونِ الغُرَماءِ انْقَطَعَ حَقُّهُمْ عَنْهُ، وَإلاَّ يُباعُ وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ بالحِصَصِ) لتعلُّق حقهم به كتعلُّقها بالتَّركة.

(فإنْ بَقِي شَيْءٌ طُولبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ) لأن الدَّين ثبت عليه، ولم تَفِ به الرقبةُ، فيبقى عليه إلى وقت القُدْرة، وهو ما بعد الحريَّة.

قال: (وَإنْ حَجَرَ المَوْلَى عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حتَّى يُعْلِمَ أَهْلَ سُوقِهِ أو أكثرَهُم) لأنهم إذا لم يَعلَموا يُبايعونَه بناءً على ما عَرَفوه من الإذن، فلو انحَجَر يتضرَّرون بذلك، لأنه إذا لم يتعلَّقْ حقُّهم بكَسْبه ورقبتِه يتأخرُ إلى ما بعد الحريَّة، وقد لا يُعتَقُ فيتضرَّرون إما بالتأخير أو بالعدم، ولو حَجَر عليه في السوق عند رجلٍ أو رجلين لا ينحَجِر، ولو حَجَر عليه في البيت عند أهلِ سُوقِه أو أكثرِهم انحَجَر، والمعتبَر اشتهارُ الحَجْر عندهم إذا كان الإذنُ مشهوراً، أما إذا لم يَعْلَم بالإذنِ غيرُ العبد ثم عَلِم بالحجر انحَجَر، ولا يزالُ مأذوناً حتى يَعْلَم بالحَجْر كالوكيل، لأنه يتضرَّر لو انحَجَر بدون عِلمِه، لأنه يلزمُه قضاءُ الدُّيون بعدَ الحريَّة، وأنه ضررٌ به.

قال: (وإن وَلَدَتِ المَأْذُونَةُ من مَولاها فذٰلك حَجْرٌ) خلافاً لزفر. له: أن ذٰلك لا يَمنعُ الإذنَ ابتداءً، فكذا بقاءً. ولنا: أنه يُحصِّنُها عادةً،

والإباقُ حَجْرٌ. ولو ماتَ المَولَى أو جُنَّ أو لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ مُرتَدّاً صارَ مَحجُوراً، ويَصِحُّ إقرَارُه بما في يَدِه بعدَ الحَجْرِ (سم)، وإذا استَغرَقَتِ الدُّيُونُ مالَه ورَقَبَتَه لم يَملِكِ المَولَى شَيئاً من مالِه (سم).

فيمنعُها من الخروج والبُرُوز والتصرُّفات، فكان حَجْراً دلالةً، بخلاف الابتداء، فإنه صريحٌ في الإذن، فلا تعارضُه الدِّلالةُ.

قال: (**والإباقُ حَجْرٌ**) لأنه لا يقدِرُ على قضاء دَينِه من كَسْبِه، وهو ما أَذِنَ له إلا بهٰذا الشرط مقصوداً.

قال: (**ولو ماتَ المَولَى أو جُنَّ، أو لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ مُرتَدّاً صارَ مَحجُوراً**) لأنه زالَ ملكُه عنه بالموت واللَّحاق، ألا ترى أنه ينتقلُ إلى ملكِ وَرَثَتِه ؟ وهو عقدٌ غيرُ لازم، فيزولُ بزوال الملك، وبالجنون زالت الأهليَّةُ فيبطُلُ الإذن اعتباراً بالابتداء، لأن ما يلزمُ من التصرُّفات يُعتبَر لدوامِه الأهليةُ كما يُعتبر لابتدائِه.

قال: (**ويَصِحُّ إقرَارُه بما في يَدِه بعدَ الحَجْرِ**) سواء أقرَّ أنه غصبٌ أو أمانةٌ، أو أقرَّ بدَين، وقالا: لا يصحُّ لأن المصحح كان الإذنُ وقد زال، ولهٰذا لا يصحُّ في حقِّ الرقبةِ، وصار كما إذا باعه من آخَرَ. وله: أن المصحِّحَ اليدُ وهي باقية، ولهٰذا لا يصحُّ فيما أخذه المولى، وبُطلانها لعدمِ الحاجة، وهي باقيةٌ بدليل إقراره، بخلاف الرقبة لأنها ليست في يدِه، وملكُ المولى ثابتٌ فيها فلا يبطُلُ من غير رِضاه، وبخلاف البيع لأنّ الملكَ قد تبَدَّل، فلم يَبْقَ حكمُ المُلكِ الأوّل.

قال: (**وإذا استَغرَقَتِ الدُّيُونُ مالَه ورَقَبَتَه لم يَملِكِ المَولَى شَيئاً من مالِه**) وهو كالأجنبيِّ، حتى لو أعتَقَ عبيدَه لا يُعتَقون، ولو قَتَل عبدَه

وإن أعتَقَه نَفَذَ وضَمِنَ قِيمَتَه للغُرَماءِ، وما بقي فَعَلى العَبدِ، ويَجُوزُ أن يَبيعَه المَولَى بِمِثْلِ الثَّمَنِ أو أقَلَّ، . . . .

فعليه قيمتُه على السنين، وقالا: يملكُه المولى ويُعتَقون بإعتاقِه، وعليه قيمةُ المقتول في الحال. لهما: أنه مَلَكَ رقبتَه، حتى جاز عِتْقُه فيملكُ كَسْبَه، يحلُّ له وَطْءُ المأذونة، وتعلُّقُ حقِّ الغُرماء يمنعُ المولى عن التصرُّف فيه ونقضِه بعدَ وقوعه لا في إبطالِ مُلْكِه. وله: أن الملكَ واقعٌ للمأذون، لأن سبب الملكِ الاكتسابُ، فيكون أولى به من غيرِه بالنصِّ، وإنما ينتقلُ إلى المولى إذا فَضَلَ عن حاجتِه، والحاجةُ قائمةٌ في الدَّين المُحيط، والمأذونُ يملكُه لكونه آدمياً مكلَّفاً، لكن ملكاً منتقلاً لا مستقرّاً، كملكِ المقتولِ الدِّيَةَ، والجَنينِ الغُرَّةَ، ثم تنتقل إلى ورثتِه حتى يكون موروثاً عنه، بخلاف ما إذا لم يكن مستغرقاً، لأن الإنسان قلَّ ما يخلو عن قليل الدَّين سيَّما التجار، فلو اعتبرنا القليلَ مانعاً أدَّى إلى سدّ باب التصرُّفات على المولى، فيمتنعُ عن الإذن.

قال: (**وإن أعتَقَه نَفَذَ**) لبقاء ملكِه فيه (**وضَمِنَ قِيمَتَه للغُرَماءِ، وما بقي فَعَلى العَبدِ**) لأن حقَّهم تعلَّق برقبتِه، وقد فوَّتها بالعِتق فيُغرَّم لهم قيمتَها، وما فَضَلَ أخذوه من المُعتَقِ لأنه حرٌّ مديون، وإن شاؤوا ضمَّنوا المعتَقَ جميعَ ديونهم، لأن حقَّهم تعلَّق برقبتِه وقد حصلت له، فيضمنُها وإن كان الدَّين أقلَّ من قيمته ضَمِن الدَّين لأن حقَّهم فيه.

قال: (**ويَجُوزُ أن يَبيعَه المَولَى بِمِثْلِ الثَّمَنِ أو أقَلَّ**) لأنه أجنبيٌّ عن كسبِه إذا كان مديوناً كما بينا، ولا تهمة فيه، وفيه منفعةٌ للعبد بدخول

ويجُوزُ أن يَبِيعَ من المَولَى بثَمنِ المِثْلِ أو أكثر.

المَبيع في ملكِه، فإن باعه وسلَّمه ولم يقبض الثمنَ سَقَطَ إن كان دَيناً، لأن المولى لا يثبُتُ له دينٌ على عبده، وإن كان الثمنُ عَرَضاً لا يسقُطُ لجواز بقاء حقِّه في العين.

قال: (**ويجُوزُ أن يَبِيعَ من المَولَى بثَمنِ المِثْلِ أو أكثر**) لأنه كالأجنبيِّ ولا تهمةَ، حتى لو باعه بأقلَّ من القيمةِ لا يجوزُ للتُّهمةِ، ولو باع المولى العبدَ فقَبَضَه المشتري وغيَّبه فالغُرماء إن شاؤوا ضمَّنوا البائعَ القيمةَ لأنه أتلَفَ حقَّهم بالبيع والتسليم، وإن شاؤوا ضمَّنوا المشتري بالشراء والتغييب، وإن شاؤوا أجازوا البيعَ وأخذوا الثمنَ لأن الحقَّ لهم كالمُرتهِن، فإن ضمَّنوا البائعَ ثم رُدَّ عليه بعيبٍ رجع عليهم بما ضَمِن وعاد حقُّهم إلى العبد لزوال المانع.



كتاب الإكراه

ويُعْتَبرُ فيه قُدْرَةُ المُكْرِه على إيقاعِ ما هَدَّد به، وخَوفُ المُكْرَه عاجِلاً،

كتاب الإكراه

وهو الإلزامُ والإجبارُ على ما يَكرهُه الإنسانُ طبعاً أو شرعاً، فيُقْدِمُ عليه مع عدم الرِّضا ليدفع عنه ما هو أضرُّ منه.

ثم قيل: هو معتبَرٌ بالهَزْل المنافي للرِّضا، فما لا يؤثِّر فيه الهزلُ لا يؤثِّر فيه الإكراه كالطلاق وأخَواتِه. وقيل هو معتبَرٌ بخِيار الشرط الخالي عن الرِّضا بموجَب العقد، فما لا يؤثِّر فيه الشرطُ لا يؤثِّرُ فيه الإكراه.

قال: (**ويُعْتَبرُ فيه قُدْرَةُ المُكْرِه على إيقاعِ ما هَدَّد**[1] **به**) لأنه إذا لم يكن قادراً عليه لا يتحقَّقُ الخوفُ، فلا يتحققُ الإكراه، وما روي عن أبي حنيفةَ أن الإكـراه لا يتحقَّقُ إلا من سلطان، فاختلافُ عصرٍ وزمانٍ.

(و) لا بدَّ من (**خَوفِ المُكْرَه عاجِلاً**) لأنه لو لم يخَفْ فِعْلَه يكون راضياً، فلا يكون مكرَهاً، لأن الإكراه ما يفعلُه بغيرِه، فينتفي به رضاه، أو يَفسُد عليه اختيارُه مع بقاء أصلِ القَصد، لأنه طَلَبَ منه أحدَ الأمرين فاختار أحدَهما، فإذا فَعَل برضاه لا يكون مكرَهاً.

---

(١) في (م): هدده، والمثبت من (س).

وامتِناعُه مِنَ الفِعْلِ قَبلَ الإكرَاهِ لحَقِّه أو لِحقِّ آدَمِيٍّ أو لِحَقّ الشَّرعِ، وأن يَكُونَ المُكْرَه به متلِفاً نَفْساً أو عُضْواً أو مُوجِباً غَمّاً يَنعَدِمُ به الرِّضا، فلو أُكْرِهَ على بَيْعٍ أو إجارَةٍ أو إقرارٍ أو شراءٍ بِقَتْلٍ أو ضَرْبٍ شَديدٍ أو حَبْسٍ فَفَعَلَ ثُم زَالَ الإكرَاه، فإن شاءَ أمضَاهُ، وإن شاءَ فَسَخَه، . . . .

(و) لا بدَّ من (**امتِناعه مِنَ الفِعْلِ قَبلَ الإكرَاهِ**) لأن الإكراه لا يتحقَّقُ إلا على فِعْلٍ يمتنِع عنه المُكرَه، أما إذا كان بفعلِه فلا إكراه.

ويكون الامتناع (**لِحَقِّه**) كبيعِ مالِه والشراءِ، وإعتاقِ عبدِه ونحو ذٰلك، (**أو لِحقِّ آدَمِيٍّ**) كإتلاف مالِ الغير ونحوِه، (**أو لِحَقّ الشَّرعِ**) كالقتل والزِّنى وشُرب الخَمر ونحوها، لأن الامتناع لا يكون إلا لأحدِ هٰذه الأشياء.

(و) لا بدَّ (**أن يَكُونَ المُكْرَه به متلِفاً نَفْساً أو عُضْواً**) كالقتل والقَطع. (**أو مُوجِباً غَمّاً يَنعَدِمُ به الرِّضا**) كالحَبْس والضَّرْب.

وأحكامُه تختلف باختلافِ هٰذه الأشياء، فتارةً يلزمُه الإقدامُ على ما أُكرِه عليه، وتارةً يُباحُ له، وتارة يرخَّصُ، وتارةً يحرُمُ، على ما نبينُه إن شاء الله تعالى.

قال: (**فلو أُكْرِهَ على بَيْعٍ أو إجارَةٍ أو إقرارٍ أو شراءٍ بِقَتْلٍ أو ضَرْبٍ شَديدٍ أو حَبْسٍ فَفَعَلَ ثُم زَالَ الإكرَاه، فإن شاءَ أمضَاهُ، وإن شاءَ فَسَخَه**) لأن الملكَ يثبتُ بالعقد لصُدوره من أهلِه في محلِّه، إلا أنه فَقَدَ شرط الحِلِّ وهو التراضي، فصار كغيرِه من الشروط المُفسِدة، حتى لو تصرَّف فيه تصرُّفاً لا يَقبَلُ النقضَ كالعِتق ونحوه ينفَذُ، وتلزمُه القيمةُ،

وإن قَبَضَ العِوَضَ طوْعاً فهو إجازَةٌ، وإن قَبَضَه مُكرَهاً فليس بإجازَةٍ، ويَرُدُّه إن كان قائِماً، فإن هَلَكَ المَبِيعُ في يَدِ المُشتَرِي وهو غَيْرُ مُكْرَهٍ فعَلَيه قِيمتُه، ولِلمُكْرَهِ أن يُضَمِّنَ المُكْرِهَ. . . . .

وإن أجازَه جاز لوجود التراضي، بخلاف البيعِ الفاسدِ، لأن الفسادَ لحقِّ الشرع، فلا يجوزُ بإجازتِهما، ولا ينقطع حقُّ الاسترداد هنا وإن تداولته الأيدي، بخلاف البيعِ الفاسدِ، لأن الفسادَ لحقِّ الشرع، وقد تعلَّق بالبيع الثاني حقُّ العبد، وهنا الردُّ أيضاً حقُّ العبد، وهما سواء. ولو أُكره بضربِ سوطٍ، أو حبسِ يومٍ، أو قَيْدِ يومٍ لا يكون إكراهاً، لأنه لا يُبالي به عادةً، إلا إذا كان ذا منصبٍ يستضرُّ به، فيكون إكراهاً في حقِّه لزوال الرِّضا. وأما الإقرارُ فليس بسببٍ، لكن جُعِل حجَّةً لرُجحان جانب الصِّدق، وعند الإكراه يترجَّحُ جانبُ الكذب لدَفع الضرر.

(**وإن قَبَضَ العِوَضَ طوْعاً فهو إجازَةٌ**) لأنه دليلُ الرِّضا كالبيع الموقوف.

(**وإن قَبَضَه مُكرَهاً فليس بإجازَةٍ، ويَرُدُّه إن كان قائِماً، فإن هَلَكَ المَبِيعُ في يَدِ المُشتَرِي وهو غَيْرُ مُكْرَهٍ فعَلَيه قِيمتُه**) لأنه بيعٌ فاسد، والمقبوضُ فيه مضمونٌ بالقيمة.

(**ولِلمُكْرَهِ أن يُضَمِّنَ المُكْرِهَ**) لأنه كالآلةِ له، فكأنه هو الذي دَفَعه إلى المشتري، وصار كغاصبِ الغاصبِ، فإن ضمَّن المكرِه رجَعَ على المشتري لأنه صار كالبائع، وإن ضمَّن المشتري نفَذَ كلُّ بيع حَصَل بعد

وإن أُكْرِهَ على طلاقٍ أو عَتَاقٍ ففَعَلَ وقَعَ ويَرجِعُ على المُكْرَهِ بقِيمَة العَبدِ، والوَلاءُ لِلمُعْتِقِ، وفي الطَّلاقِ بنِصْفِ المَهْرِ إن كانَ قبلَ الدُّخُولِ، وبما يَلزَمُه من المُتعَةِ عند عَدَمِ التَّسمِيةِ، ....

الإكراه، لأنه ملَكَه بالضَّمان، والمضموناتُ تُملَكُ بأداء الضمان مستنداً إلى وقتِ القَبْض عندنا على ما عُرف.

قال: (**وإن أُكْرِهَ على طلاقٍ أو عَتَاقٍ ففَعَلَ وقَعَ**) لما بينا أنه معتبَرٌ بالهَزْل، لأنهما يجريان مجرىً واحداً في عدم الرضا، وقد بينا أن الإكراه لا يسلُبُ القصدَ، فقد قَصَدَ وقوع الطلاق والعِتاقِ على منكوحتِه وعبدِه فيقعُ.

(**ويَرجِعُ على المُكْرَهِ بقِيمَة العَبدِ، والوَلاءُ لِلمُعْتِقِ**) لما بينا أنه آلةٌ له، فانضافَ إليه فله تضمينُه.

(**وفي الطَّلاقِ بنِصْفِ المَهْرِ إن كانَ قبلَ الدُّخُولِ، وبما يَلزَمُه من المُتعَةِ عند عَدَمِ التَّسمِيةِ**) لأنه أكَّد ما كان على شرف السُّقوط، بأن تجيءَ الفُرقةُ من قِبَلِها، فكان إتلافاً لهٰذا القَدْرِ من المال فيضافُ إليه، بخلاف ما بعدَ الدخول، لأن المهر تأكَّد بالدخول، وهٰكذا النَّذْرُ واليمينُ والظِّهارُ والرَّجْعةُ والإيلاءُ والفَيءُ باللسان، لأن هٰذه الأشياءَ لا تَقبلُ الفَسْخَ، وتصحُّ مع الهَزْل، والخُلْعُ يمينٌ أو طلاقٌ، وعليها البَدَلُ إن كانت طائعةً، ولا شيءَ عليه فيما وَجَبَ بالنَّذْر واليمين، لأنه لا مُطالِبَ له في الدنيا، فلا يطلبُه فيها، والنكاحُ كالطلاق، فإن كان بمَهرِ المِثل أو أقلَّ لم يَرجع بشيءٍ، لأنه وَصَلَ إليه عِوَضُ ما خرج من ملكِه، وإن كان أكثرَ من مهرِ المِثل بطلَت الزيادةُ، لأن الرِّضا شرطٌ للزوم الزيادة، وقد فاتت.

فإن أُكرِهَ على شُرْبِ خَمْرٍ، أو أكلِ المَيتَةِ، أو على الكُفرِ، أو إتلافِ مالِ مُسْلمٍ أو ذِمِّيٍّ بالحَبسِ أو الضَّربِ فليس بِمُكْرَهٍ، وإنْ أكْرَهَه بإتلافِ نَفسِهِ وَسِعَهُ أن يَفعَلَ، ....

وإن أُكرِهت المرأةُ، فإن كان الزوجُ كُفُؤاً بمَهرِ المِثل جاز، ولا ترجعُ بشيءٍ لما بينا، وإن كان أقلَّ فالزوجُ إما أن يتمِّمَ لها مهرَ المِثل أو يفارقَها، ولا شيءَ عليه إن لم يدخُلْ بها، لأن الفُرقةَ جاءت من قِبَلها حيث لم ترضَ بالمُسمَّى، وإن دَخَل بها وهي مُكرَهَة فلها مهرُ مثلِها، وإن كانت طائعةً فهو رضاً بالمُسمَّى، ويبقى الاعتراضُ للأولياء عند أبي حنيفةَ على ما عُرِف.

قال: (**فإن أُكرِهَ على شُرْبِ خَمْرٍ، أو أكلِ المَيتَةِ، أو على الكُفرِ، أو إتلافِ مالِ مُسْلمٍ أو ذِمِّيٍّ بالحَبسِ أو الضَّربِ فليس بِمُكْرَهٍ**) والأصلُ في هٰذا أن شُرب الخمر وأكلَ الميتةِ ومالِ الغير مباحٌ حالَ المَخْمَصة، وهو خوفُ فَوْتِ النَّفْس، قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ﴾ [البقرة: ١٧٣]، فإذا أُكره على ذٰلك بالضرب والحَبْس لا يسَعُه ذٰلك لأنه ليس في معناه، وإذا لم يَبُحْ بهٰذا النوع من الإكراه لا يُباحُ الكفرُ لأنه أعظمُ جريمةً، وأشدُّ حرمةً، وأقبحُ من هٰذه الأشياء، لأن حُرمَتَها بالسَّمْع، وحرمة الكُفر به وبالعَقْل.

(**وإنْ أكْرَهَه بإتلافِ نَفسِهِ وَسِعَهُ أن يَفعَلَ**) أما شربُ الخَمر وأكلُ الخِنزير والمَيتةِ، فلِمَا تَلَونا من النَّصِّ، ووجُهه أن حالةَ الضرورةِ

. . . .

صارت مستثناةً مِن الحُرمة فكانت[1] الميتةُ والخمرُ حالةَ الضرورة كالخُبز والماءِ في غير حالةِ الضرورة، فلو لم يفعل حتى قُتل وهو يعلمُ بالإباحة أَثِم كما في حالة المَخْصَمة، ولأن الحُرمةَ لما زالت بقوله تعالى: ﴿فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ﴾ [البقرة: ١٧٣]، صار كالمُمتَنِع عن الطعام والشرابِ حتى مات فيأثَمُ.

وأما إتلافُ مال الغَير فكذلك يُباح حالةَ المَخْمَصة، فزالَ الإثمُ، والضمانُ على من أكرَهَه لما مرَّ.

وكذلك لو توعَّدوه بضربٍ يَخاف منه على نفسِه أو بقَطْع عضوٍ منه ولو أَنْمَلَة، لأن حُرمة الأعضاءِ كحُرمة النفس، ألا تَرى أنه كما لا يُباح له القتلُ حالةَ المَخْمَصة لا يُباح له قطعُ العُضو، ولو خَوَّفوه بالجُوع لا يَفعلُ حتى يجوعَ جوعاً يخاف منه التَّلفَ، فيصيرُ كالمضْطرِّ.

وأما الكفرُ فإنه يسَعُه أن يأتيَ به وقلبُه مطمئنٌّ بالإيمان، لما روي أن عمار بنَ ياسر أكرَهَه المشركون على الكُفر، فأعطاهم بلِسانِه ما أرادوا، ثم جاء إلى رسول الله ﷺ وهو يبكي، فقال له: «ما وراءك؟» فقال: شرٌّ، نِلْتُ منك، فقال: «كيف وجدتَ قلبك؟» قال: مطمَئِناً بالإيمان، فجعل ﷺ يمسَحُ عينيه ويقول: «ما لَكَ، إن عادوا فَعُدْ»، ونزل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦][2].

---

(١) في (س): فكان، والمثبت من (م).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» ٢/ ٣٥٧، وعنه البيهقي ٨/ ٢٠٨-٢٠٩ من طريق عبد الكريم بن الجزري، عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر، =

وفيه دليلُ الكتابِ، والسنةِ ـ وهو قوله عليه السلام: «إن عادوا فَعُدْ» ـ والأثرِ: فعلُ عمار.

(وإن صَبرَ حتَّى قُتِلَ كانَ مأجُوراً) وهو العزيمةُ، فإن خُبَيبَ بنَ عَدِيٍّ الأنصاري صَبرَ حتى قُتِل، وسمَّاه رسولُ الله ﷺ سيِّدَ الشهداء، وقال: «هو رَفيقي في الجنة»[1]، ولأنه بَذَلَ مُهجَتَه وجادَ بروحه تعظيماً لله

= عن أبيه، قال: أخذ المشركون عمار بن ياسر، فلم يتركوه حتى سبَّ النبي ﷺ وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه، فلما أتى رسولَ الله ﷺ قال: «ما وراءك؟» قال: شرٌّ يا رسول الله ما تُرِكْتُ حتى نلتُ منك وذكرتُ آلهتهم بخير، قال: «كيف تجد قلبك؟» قال: مطمئن بالإيمان، قال: «إن عادوا فعد». وقال: هٰذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي، وقال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٩٧: وإسناده صحيح إن كان محمد بن عمار سمع من أبيه.

ورواه عبد الرزاق في «تفسيره» ٢/ ٣٦٠، وابن سعد في «الطبقات» ٣/ ٢٤٩، والطبري في «تفسيره» ١٤/ ١٨٢، وأبو نعيم في «الحلية» ١/ ١٤٠، والذهبي في «السير» ١/ ٤١١ من طريق عبد الكريم الجزري، عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار قال: أخذ المشركون... ولم يذكروا فيه محمد بن عمار.

وأورده الحافظ في «الفتح» ١٢/ ٣١٢ من طريق الطبري، وقال بإثره: وهو مرسل ورجاله ثقات. وقد أورد الحافظ في «الفتح» مراسيل عدة في أن الآية: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ نزلت في عمار بن ياسر وقال: وهٰذه المراسيل يقوى بعضُها ببعض.

(١) أخرج البخاري قصة قتل خبيب في «صحيحه» (٣٠٤٥) وفيه: ... فقتله ابن الحارث، فكان خبيب هو سَنَّ الركعتين لكل امرئٍ مسلم قتل صبراً...=

تعالى، وإعلاءً لكلمتِه لئلا يأتي بكلمةِ الكُفر، فكان شهيداً، كمن بارَزَ بين الصَّفَّين مع علمِه أنه يُقتَلُ فإنه يكون شهيداً. ومن هٰذا القَبيل سَبُّ النبيِّ عليه السلام، وتركُ الصلوات الخمس، وكلُّ ما ثبتت فرضيَّتُه بالكتاب.

ولو أُكرِه الذميُّ على الإسلام صحَّ إسلامُه، كما لو قُوتل الحربيُّ على الإسلام وأسلَمَ، فإنه يصحُّ بالإجماع، قال تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَسۡلَمَ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ طَوۡعٗا وَكَرۡهٗا﴾ [آل عمران: ٨٣]، سمَّى المُكرَه على الإسلام مسلماً، فإن رجع الذميُّ لا يُقتَل، لكن يُحبَس حتى يُسلِمَ لأنه وقع الشكُّ في اعتقاده، فاحتمل أنه صحيحٌ فيُقتل بالرِّدَّة، ويُحتَمل أنه غيرُ معتقدٍ فيكون ذمياً فلا يُقتَل، إلا أنّا رجَّحنا جانبَ الوجود حالةَ الإسلام تصحيحاً لإسلامِه لترجيح الإسلام على الكُفر.

قال: (**وإن أُكرِهَ بالقَتْلِ على القَتْلِ لم يَفعَلْ، ويَصْبِرُ حتَّى يُقتَلَ**) وكذا قطعُ العضو، وسبُّ المسلمِ وأذاه، وضربُ الوالِدَين ضرباً مُبَرِّحاً، لأن الظلمَ حرامٌ شرعاً وعقلاً، لا يُستباحُ بحالٍ ولا بوجهٍ ما، وكذا قتلُ المسلم البريءِ لا يُباح بوجهٍ ما.

= وليس فيه قوله: إنه سيد الشهداء وأنه رفيقي في الجنة. وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/١٥٩: وقتل خبيب في «صحيح البخاري» في مواضع: وليس فيه أنه أكره ولا أن النبي ﷺ سماه سيد الشهداء، ولا قال فيه: هو رفيقي في الجنة.

فإن قَتَلَ أثِمَ والقِصَاصُ على المُكْرِه (زس)، وإن أُكْرِهَ على الرِّدَّةِ لم تَبِنِ امرأتُه منه، ومَن أُكْرِهَ على الزِّنى لا حَدَّ عليهِ (ز). . . . .

(**فإن قَتَلَ أثِمَ**) لقيام الحُرمة. (**والقِصَاصُ على المُكْرِه**) لأنه آلةٌ له فيما يصلُحُ أن يكون آلةً وهو القتلُ، ولا يصلُح أن يكون آلة في الإثْمِ لأنه بالجِناية على الدِّين، وأنه حرامٌ، فلا يُباح إلا من جهةِ صاحب الحقِّ. وقال أبو يوسف: لا قِصاصَ على واحدٍ منهما لأن القصاص يَنْدَرئُ بالشُّبُهات وقد تحقَّقت الشبهةُ في كلٍّ واحدٍ منهما، أما المُكرَه فهو محمولٌ عليه، وأما المكرِه فلعدم المباشرةِ. وقال زفر: يجب على المكرَه، لأن المباشرةَ موجبةٌ للقتل، ولهٰذا تعلَّق به الإثمُ، ولهما: ما تقدَّم أنه آلةٌ فيما يصلُح، والقتلُ يصلُحُ بأن يُلقِيَه عليه، وصار كمَن أَكرَه مجوسياً على ذبحِ شاةِ مسلمٍ، فالفعلُ ينتقلُ إلى المكرِه في الإتلاف، حتى يجبُ عليه الضمانُ، ولا ينتقلُ الحكمُ حتى لا يحلُّ أكلُها.

قال: (**وإن أُكْرِهَ على الرِّدَّةِ لم تَبِنِ امرأتُه منه**) لأن البينونةَ تُبتَنَى على الرِّدَّة، والردّةُ غيرُ متحققةٍ، لاحتمال عدم اعتقاد الكفر، بل هو الظاهرُ عند الإكراه. ولو اختلفا فالقولُ قولُه في عدم الاعتقاد لأنه لا يُعرَف إلا من جهتِه.

قال: (**ومَن أُكْرِهَ على الزِّنى لا حَدَّ عليهِ**) لوجود الشبهةِ، ويأثَمُ بالفعل، ولو صَبَرَ كان مأجوراً كالقتل، لأن الزِّنى لا يُباح بوجهٍ ما. وقال أبو حنيفة أوّلاً ـ وهو قول زفر ـ: يُحَدُّ، لأن انتشارَ الآلةِ دليلُ الطَّواعية. قلنا: وقد يكون طبعاً، والشبهةُ موجودة. ولو أُكرِهت

المرأةُ وَسِعها ذٰلك ولا تأثَمُ، نصَّ عليه محمدٌ، لأن الفاعل الرجلُ دونها، لأن الإيلاج فِعْلُه، فلم يتحققِ الزِّنى منها، لٰكنَّ تمكينَها وسيلةٌ إلى فعلهِ، فيباحُ عند الضرورة.

ولو أمرَه ولم يُكرِهْه في هٰذه المسائِل كلِّها إلا أنه يخافُ القتلَ إن لم يفعل فهو في حُكم المُكرَه، لأن الإلجاءَ باعتبار الخوف، وقد تحقَّق.

❑ ❑ ❑

كتاب الدعوى

. . . .

كتاب الدعوى

الدعوى مشتقَّةٌ من الدعاء وهو الطلب.

وفي الشرع: قولٌ يَطلُبُ به الإنسانُ إثباتَ حقٍّ على الغير لنفسِه.

والبينةُ من البيان، وهو الكشفُ والإظهار. والبينةُ في الشرع تُظهِرُ صدقَ المدَّعي وتكشفُ الحقَّ. والأصلُ في الباب قوله ﷺ: «لو تُرِك الناس ودعواهم لادَّعى قومٌ دماءَ قومٍ وأموالَهم، لٰكنَّ البيِّنةَ على المدّعي، واليمينَ على المدَّعى عليه»[1]، وفي رواية «واليمينَ على مَن أنكَرَ»[2]، ويروى أن حضرَمياً وكِنْدياً اختَصَما بين يَدَي رسولِ الله ﷺ

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس بهٰذا اللفظ البيهقي في «السنن» ١٠/ ٢٥٢، وقد حسَّنه الحافظ ابن حجر في «الفتح» ٥/ ٢٨٣.

وأصل هٰذا الحديث مخرج في «الصحيحين» من حديث ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ قال: «لو يُعطى الناسُ بدعواهم لادَّعى ناسٌ دماء رجال وأموالهم، ولٰكن اليمين على المدَّعى عليه». وهو عند البخاري برقم (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١)، وهو في «المسند» (٣١٨٨)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٨٣).

(٢) أخرجه ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٢٣١٢، والدارقطني (٣١٩١) و(٤٥٠٨)، والبيهقي في «السنن» ٨/ ١٢٣ من طريق مسلم بن خالد الزنجي =

في شيءٍ، فقال للمدَّعي: «ألك بينةٌ؟» فقال: لا، فقال: «لكَ يمينُه، ليس لك غيرُ ذٰلك»[1]، فيَبدأ بمعرفة المدَّعِي والمدَّعَى عليه، إذ هو الأصلُ في الباب ويبتنى عليه عامَّةُ مسائلِه.

قال: (**المُدَّعِي مَن لا يُجْبرُ على الخُصُومَةِ، والمُدَّعَى عليه مَن يُجْبَرُ**) وقيل: المدَّعي من يضيفُ إلى نفسه ما ليس بثابتٍ، والمدّعى عليه من يتمسَّك بما هو ثابتٌ بظاهر اليد، فلو ادَّعى على رجلٍ دَيناً، فادَّعى الوفاءَ أو البراءةَ، صار مدَّعياً لدعواه ما ليس بثابتٍ، وهو فراغُ ذِمَّتِه بعد اتفاقهما على الشُّغل، وقيل: المدَّعي من لا يستحقُّ إلا بحجةٍ كالخارج، والمدّعى عليه من يستحقُّ بقوله من غير حجةٍ، كذي اليد، وقيل المدّعي من يضيفُ ما عندَ غيره إلى نفسِه، والمدّعَى عليه من يضيفُ ما عندَه إلى نفسه. وجميع العبارات متقاربةٌ، وينبغي أن يحقَّق ذلك ويعرَفَ بالمعنى لا بالصورة، فإن المُودَعَ إذا ادّعى إيصالَ الوديعة

= ـ وهو ضعيف ـ عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وابن جريج لم يسمع من عمرو بن شعيب فيما قاله البخاري.

وأخرجه ابن عدي ٦/ ٢٣١٢، والدارقطني (٣١٩٠) و(٤٥٠٧) من طريق مسلم بن خالد الزنجي، عن ابن جريج، عن عطاء، عن أبي هريرة. وإسناده ضعيف. وضعفه كذلك الحافظ ابن حجر في «التلخيص» ٤/ ٣٩.

وهو أيضاً في كتاب عمر إلى أبي موسى، انظر «المصنف» لابن أبي شيبة ٦/ ٢١٧، والدارقطني (٤٤٧١) و(٤٤٧٢)، والبيهقي ١٠/ ٢٥٣.

(١) أخرجه من حديث وائل بن حجر مسلم (١٣٩)، وهو في «المسند» (١٨٨٦٣)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٧٤).

. . . .

فإنه مدَّعٍ صورةً منكِرٌ معنىً، حتى لو تَرك لا يُترك، والفقيه إذا أمْعَنَ[1] النظرَ ونَعَّمَ الفِكرَ ظهر له ذٰلك بتوفيق الله تعالى، ولا تصحُّ الدعوى إلا في مجلس القضاء على خصمٍ حاضرٍ.

اعلم أنّ الدَّعوى إذا صحَّتْ عند القاضي، أوْجَبَتْ على الخَصم الحضورَ إلى مجلس القاضي، قال تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨]، ذَمَّهم على ترك الحُضور وهو الإعراضُ عن الإجابة. وعن عليٍّ رضي الله عنه: أن امرأةَ الوليد ابن عقبةَ جاءت إلى رسول الله ﷺ تستعدي على زوجها، فأعدَاها[2]، فقالت: أبَى أن يجيءَ، فأعطاها هُدْبةً من ثوبه فجاءت به»[3]. ولأن الحكَّام يُحضِرون الناس بمجرَّد الدعوى من لَدُنْ رسولِ الله ﷺ إلى يومِنا من غير نكيرٍ، فإذا حَضَر وادَّعى عليه وجب عليه الجوابُ بلا أو بنَعَم، حتى لو سَكَتَ كان إنكاراً فيَسمع البينةَ عليه دفعاً للضَّرر عن المدَّعِي، إلا أن يكون أخرَسَ.

---

(١) في(س): أنعم، والمثبت من (م)، وهما بمعنى، قال في «المصباح»: أمعن في الطلب: إذا بالغ في الاستقصاء، وقال ابن الأثير: أنعم النظر في الشيء: إذا أطال التفكر فيه.

(٢) قال في «اللسان»: أعداه، إذا حمله على الحضور.

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» برقم (١٣٠٤) من طريق عبد الله بن داود، عن نعيم بن حكيم، عن أبي مريم، عن علي. فذكره بأطول مما هنا. وإسناده ضعيف لجهالة أبي مريم وضعف نعيم بن حكيم.

ولا بُدَّ أن تكُونَ الدّعوَى بشَيءٍ مَعلُومِ الجِنْسِ والقَدْرِ، فإن كانَ دَيناً ذَكَرَ أنَّه يُطالِبُه بهِ، وإن كانَ عَيناً كَلَّفَ المُدعَى عليهِ إحضَارَها، فإن لم تكُنْ حاضِرَةً ذَكَرَ قيمَتَها، وإن كان عَقاراً ذَكَرَ حُدُودَه الأربَعَةَ، وأسماءَ أصحابِها ونَسَبَهُم إلى الجَدّ، وذَكَرَ المَحَلَّةَ والبلَدَ، ....

قال: (ولا بُدَّ أن تَكُونَ الدّعوَى بِشَيءٍ مَعلُومِ الجِنْسِ والقَدْرِ) لأن الدعوى للإلزام، والقضاءُ بالمجهول غيرُ ممكِن، وكذٰلك الشهادةُ بالمجهول لا تُقبَل.

(فإن كانَ دَيناً ذَكَرَ أنَّه يُطالِبُه بِه) لأن فائدةَ الدعوى إجبارُ القاضي المدَّعَى عليه على إيفاءِ حقِّ المدعي، وليس للقاضي ذٰلك إلا إذا طلَبَه به فامتَنَع. ولا بدَّ من ذِكر الوصف، لأنه لا يُعرف إلا به.

(وإن كانَ عَيناً كَلَّفَ المُدعَى عليهِ إحضَارَها) ليُشير إليها بالدعوى، والشهودُ عند أداء الشهادةِ، والمنكِرُ عند اليمين، ولأن ذٰلك أبلغُ في التعريف.

(فإن لم تَكُنْ حاضِرَةً ذَكَرَ قيمَتَها) لأنه إذا تعذَّر مشاهدةُ العين فالقيمةُ تقوم مقامَها، كما في الاستهلاك، إذ هي المقصودُ غالباً، ويَذكرُ في القيمة شيئاً معيَّناً في قَدْره ووصْفِه وجنسِه، نفياً للجهالة كما بينا. وإن كان حيواناً يذكُر الذُّكورةَ أو الأُنوثة.

(وإن كان عَقاراً ذَكَرَ حُدُودَه الأربَعَةَ، وأسماءَ أصحابِها، ونَسَبَهُم إلى الجَدّ، وذَكَرَ المَحَلَّةَ والبلَدَ) لأن العقار لا يمكن إحضارُه، فتعذَّر تعريفُه بالإشارة، فيُعرَف بالحدود. ويَبدأ بذِكر البلدة لأنه أعمُّ، ثم

ثُم يذكُر أنَّه في يَدِ المُدَّعَى عليه وأنّه يُطالبُه به، فإذا صَحَّتِ الدَّعوَى سألَ القاضِي المُدَّعَى عليه، فإنِ اعتَرَفَ أو أقامَ المُدعِي بيِّنَةً قَضَى عليه،

بالمَحَلَّةِ التي فيها العَقار، ثم يبيِّن الحدودَ، لأن التعريف يقع بذٰلك، ولا بدَّ من ذكر أسماء أصحاب الحدود، وأسماءِ آبائهم وأجدادِهم، لأنه أبلغُ في التعريف. وفي ذِكر الجَدِّ خلافُ أبي يوسف، وقد تقدَّم. وإن كان الرجل مشهوراً لا يَحتاج إلى ذِكر النسب لوجود التعريف بدونِه، وكذٰلك يجب على الشهود ذِكرُ الحدودِ كما مرّ.

قال: (**ثُم يذكُر أنَّه في يَدِ المُدَّعَى عليه وأنّه يُطالبُه به**) لأنه إذا لم يكن في يدِه لايكون خصماً، والحقُّ له فلا يُستوفَى إلا بطلبه، ولأنه يحتمل أنه في يده رهناً أو محبوساً بالثمن، فإذا طالبه به زال الاحتمال، ولا يثبتُ كونُه في يده إلا ببينةٍ أو عِلمِ القاضي، ولا يثبت بتصادُقِهما نفياً لتُهمة المواضَعَة، لجواز أنه في يد غيرِه، بخلاف المنقول، لأن اليدَ فيه مشاهَدةٌ.

قال: (**فإذا صَحَّتِ الدَّعوَى سألَ القاضِي المُدَّعَى عليه**) لينكشف وجهُ الحُكم، ولوجوب الجواب عليه.

(**فإنِ اعتَرَفَ أو أقامَ المُدعِي بيِّنَةً قَضَى عليه**) أما الاعترافُ فلأنه لا تهمةَ فيه، قال تعالى: ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ [القيامة: ١٤]، أي: شاهدٌ، وأما البينة فلأنها مشتقةٌ من البيان وهي الإظهار، فهي تُظهِر الحقَّ وتكشفُ صدق الدعوى فيقضي بها، وعلى هٰذا إجماعُ المسلمين.

وإلاَّ يُستَحلَفُ، فإن حَلَفَ انقَطَعتِ الخُصُومَةُ إلاَّ أن تَقُومَ البيِّنَةُ، وإن نَكَلَ يَقْضِي عليه بالنُّكُولِ، . . . .

قال: (وإلاَّ يُستَحلَفُ) لقوله عليه السلام: «ألكَ بينة؟» قال: لا، قال: «فلكَ يمينُه»(١)، ولا بدَّ من طلب المدَّعِي استحلافَه، لأنها حقُّه بالإضافة إليه.

(فإن حَلَفَ انقَطَعتِ الخُصُومَةُ) لقوله عليه السلام: «ليس لك غيرُ ذٰلك» فيما روينا من الحديث.

قال: (إلاَّ أن تَقُومَ البيِّنَةُ) فتُقبَل، قال عليه السلام: «اليمينُ الفاجرةُ أحقُّ أن تُرَدَّ من البيِّنةِ العادلةِ»(٢)، ولأن طلب اليمين لا يدلُّ على عدم البينة، لاحتمال أنها غائبةٌ أو حاضرةٌ في البلد، ولم يُحضِرْها، ولأن اليمين بدلٌ عن البينة، فإذا قَدِر على الأصل بطل حُكم الخَلَف.

قال: (وإن نَكَلَ يَقْضِي عليه بالنُّكُولِ) لأن النكولَ اعترافٌ، وإلا

---

(١) سلف تخريجه ص ٢٧٠.

(٢) علقه البخاري في «صحيحه» في كتاب الشهادات باب من أقام البينة بعد اليمين قبل الحديث رقم (٢٦٨٠) فقال: وقال طاووس وإبراهيم وشريح: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة. قال الحافظ في «الفتح» ٥/ ٢٨٨: أما قولُ طاووس وإبراهيم: فلم أقف عليهما موصولين، وأما قول شريح، فوصله البغوي في «الجعديات» [٢/ ٨٢٧] من طريق ابن سيرين عن شريح قال: من ادعى قضائي، فهو عليه حتى يأتي ببينة، الحق أحقُّ مِن قضائي، الحقُّ أحقُّ من يمينٍ فاجرةٍ. انتهى. وهو عند البيهقي في «السنن» ١٠/ ١٨٢ من طريق أبي القاسم البغوي.

فإن قَضَى أوَّلَ ما نَكَلَ جازَ، والأولَى أن يَعْرِضَ عليه اليَمِينَ ثلاثاً، ويَثبُتُ النُّكُولُ بقوله: لا أحْلِفُ، وبالسُّكُوتِ إلا أن يَكُونَ به خَرَسٌ أو طَرَشٌ، ولا تُرَدُّ اليَمِينُ على المُدَّعِي (ف)، . . . .

يحَلَّف دفعاً للضَّرر عنه، وقطعاً للخُصومة، وكان نكولُه إقراراً أو بَدَلاً فيقضي به.

(**فإن قَضَى عليه أوَّلَ ما نَكَلَ جازَ**) لأنه حجةٌ كالإقرار.

(**والأولَى أن يَعْرِضَ عليه اليَمِينَ ثلاثاً**) ويخبره أن من مذهبه القضاءَ بالنُّكول لأنه فصلٌ مجتَهَدٌ فيه، فربما يخفَى عليه حكمُه، فإذا عَرَض عليه ثلاثاً وأبى قضَى عليه، هٰكذا فعلَهَ أبو يوسف مع وكيل الخليفةِ وألْزَمَه المالَ، وإن قال بعدَ النكول: أنا أحلفُ، إن كان قبلَ القضاء حلَّفه لكونه مختلفاً فيه، وإن كان بعدَ القضاء لم يحلِّفْه لأن النكولَ بمنزلة الإقرار، ولو أقرَّ ثم قال: أحلف، لا يَسمعُ منه، كذا هٰذا.

(**ويَثبُتُ النُّكُولُ بقوله: لا أحْلِفُ**) لأنه صريحٌ فيه (**وبالسُّكُوتِ**) لأنه لا دِلالةَ عليه، وإلا يحلفُ. (**إلا أن يَكُونَ به خَرَسٌ أو طَرَشٌ**) فيُعذَرُ.

قال: (**ولا تُرَدُّ اليَمِينُ على المُدَّعِي**) لقوله عليه السلام: «البينةُ على المدَّعي، واليمينُ على المدَّعى عليه»[1]، جعل جنسَ اليمين على المدَّعى عليه، لأنه ذكره بالألف واللام، وذٰلك ينفي ردَّها على المدَّعي، ولأنه قِسمةٌ[2]، والقِسمةُ تنافي الشَّرِكة، فلا يكون للمدَّعي يمين، ويلزم منه عدمُ جواز القضاء بالشاهد واليمين، لأن ما روينا

---

(١) سلف تخريجه ص٢٦٩.

(٢) في (س): قسم، والمثبت من (م).

. . . .

ينفي أن يكون للمدَّعِي يمينٌ معتبرةٌ، فيبقى القضاء بشاهدٍ مجردٍ، وأنه خلاف الإجماع، وكذا قوله عليه السلام في حديث الحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «لك يمينُه، ليس لك غيرُ ذلك»[1] ينفي الجوازَ أيضاً، لأنه غيرُ المشار إليه في الحديث. وما رُوي أنه عليه السلام قَضَى بالشاهدِ واليمين[2]، فمردودٌ لوجوهٍ:

أحدها: أنه ورَدَ مخالفاً للكتاب، لأنه تعالى أوجَبَ الحقَّ للمدّعِي بشهادة رجلين، ونقله عند عدمهما إلى شهادة رجلٍ وامرأتين، فالنقلُ إلى غيره خلاف الكتاب، أو نقول: الزيادةُ عليه خلاف الكتاب.

الثاني: أنه ورَدَ في حادثةٍ عامةٍ مختلفةٍ بين السلف، فلو كان ثابتاً لارتفَعَ الخلافُ، ولم يرتفع، دلَّ على عدم ثبوته.

---

(١) سلف تخريجه ص٢٧٠.

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس مسلم (١٧١٢)، وهو في «المسند» (٢٢٢٤).

وفي الباب عن جابر، أخرجه أحمد في «مسنده» (١٤٢٧٨) وإسناده صحيح، وانظر تمام تخريجه فيه.

قال ابن عبد البر في «التمهيد» ٢/ ١٥٣: ولم يأت عن أحد من الصحابة أنه أنكر اليمين مع الشاهد، بل جاء عنهم القول به، وعلى القول به جمهور التابعين بالمدنية، وبه قال مالك وأصحابه، والشافعي وأتباعه وأحمد ابن حنبل وإسحاق ابن راهويه وأبو عُبيد وأبو ثور وداود بن علي وأهل الأثر.

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي: لا يُقضى باليمن مع الشاهد الواحد، وهو قول عطاء والحكم بن عُتيبة وطائفة.

وإن قالَ: لي بيِّنةٌ حاضِرَةٌ في المصْرِ، وطَلَبَ يَمِينَ خَصمِه لم يُستَحلَفْ (سم ف) ....

الثالث: أنه خبرُ آحاد، وقوله ﷺ: «البينةُ على المدّعي»[1]، مشهور قريبٌ من التواتر، لأن خبر الآحاد إذا ورد معارضاً للخبر المشهور يُرَدّ[2]، فلا يعارضُه.

الرابع: ردَّه أئمةُ الحديث كيحيى بن معين وغيرِه.

الخامس: ما روي عن مَعْمَرٍ قال: سمعتُ الزهريَّ يقول: القضاءُ بالشاهد واليمين بدعةٌ، وأوّلُ من قضى به معاويةُ[3].

قال: (**وإن قالَ: لي بيِّنةٌ حاضِرَةٌ في المصْرِ وطَلَبَ يَمِينَ خَصمِه لم يُستَحلَفْ**) عند أبي حنيفة، وقالا: يستحلفُ، لأن اليمينَ حقُّه، فلا يبطُلُ إلا بإقامة البينةِ لا بالقُدرة عليها، واعترافُه بالبينةِ لا يكون اعترافاً بسقوط اليمين، وله قوله عليه السلام: «ألك بينةٌ؟» قال: لا، قال: «فلك يمينُه»[4] رتَّبَ اليمينَ على عدم البينةِ فلا يجبُ مع وجودها، ولأنا أجمعنا على أنه لو قامت البينةُ سقطت اليمينُ، حتى لو قال المدّعَى عليه: أنا أحلفُ، لا يلتفتُ إليه، وإذا كانت اليمين لا يثبت

---

(١) سلف تخريجه ص٢٦٩.

(٢) من قوله: «لأن خبر الآحاد» إلى هنا سقط من (س)، فأثبتناه من (م).

(٣) رواه عن معمر عبد الرزاق في «مصنفه» كما في «الجوهر النقي» لابن التركماني ١٠/ ١٧٥.

(٤) سلف تخريجه ص٢٧٠.

ويأخُذُ منه كَفِيلاً بنَفسِه ثلاثةَ أيّامٍ، وإن كان غرِيباً يُلازِمه مِقدار مجلسِ القاضي، ولا يُستَحلَفُ في النكاح (سم)، والرَّجعَةِ، والفَيءِ في الإيلاء، والرّقِّ، والاستيلادِ، والنَّسبِ والوَلَاءِ، والحُدُودِ.

حكمُها مع البينة، فإذا اعترف بالبينةِ وأنه قادرٌ على إقامتها فقد اعترف أنه لا يمينَ على المدّعَى عليه.

قال: (**ويأخُذُ منه كَفِيلاً بنَفسِه ثلاثةَ أيّامٍ**) ويجيبُه القاضي إلى ذٰلك استحساناً، لاحتمال أنه يغيبُ قبل إقامة البيِّنةِ، وكذا لو أقام البينةَ قَبْلَ القضاء لاحتمال أنه يغيبُ قبل القضاء، فيتعذَّرُ القضاء، فيكفلُه مدةَ إحضار الشهود على ما يُروى عن أبي يوسف، وعن أبي حنيفةَ: ثلاثةَ أيام، ألا ترى أنه بمجرّد الدعوى عند القاضي يُعْدِيه[1] إحياءً للحقوق، كذا هٰذا، ويُكتفَى بالكفيل أن يكون معروفاً ليحصل التوثُّق، ولا يشترطُ كونُه مليّاً أو تاجراً، فإن امتنَع أن يعطيَه كفيلاً أمرَه القاضي بالملازمةِ على الوجه الذي ذكرنا في أدب القاضي.

(**وإن كان غرِيباً يُلازِمه مِقدار مجلسِ القاضي**) لأن ملازَمَته أكثرَ من ذٰلك تضرُّه وتمنعُه من سفرِه من غير حجةٍ، بخلاف المقيم إذ لا ضررَ عليه في ذٰلك، وهٰذا إذا كان حقاً لا يسقُطُ بالشبهة، أما الحدودُ والقِصاص في النفس لا يأخذُ منه كفيلاً، وقالا: يأخذ منه كفيلاً في حدّ القذف وفي السرقة إن ادَّعى المال.

قال: (**ولا يُستَحلَفُ في النكاح، والرَّجعَةِ، والفَيءِ في الإيلاء، والرّقِّ، والاستيلادِ، والنَّسبِ، والوَلَاءِ، والحُدُودِ**) وقالا: يُستحلَف

---

(١) أعداه: إذا حمله على الحضور، كذا في «اللسان».

. . . .

فيها إلا الحدودَ واللعان، وهٰذا بناء على أن النكولَ بذلٌ عنده، والبذلُ لا يَجري في هٰذه الأشياء، إقرارٌ عندهما، والإقرار يَجري فيها. لهما: أن الناكل ممتنعٌ عن اليمين الكاذبةِ ظاهراً، فيصير معترِفاً بالمدَّعَى دِلالةً، إلا أنه إقرارٌ فيه شبهةٌ، والحدود تَنْدَرئُ بالشبهات، واللِّعان في معنى الحدود، وله: أنا لو اعتبرناه إقراراً يكون كاذباً في إنكارِه، والكذبُ حرامٌ، ولو جعلناه بَذْلاً وإباحةً لا يكون كاذباً، فيُجعَل باذلاً صيانةً له عن الحرام، والمقصودُ من الاستحلاف القضاءُ بالنكول، فكلُّ موضعٍ لا يُقضَى فيه بالنكول لا يُستحلَف، ويُستحلَف في السرقة إن ادَّعى المالَ، فيحلِّفُه بالله ما لَه عليه هٰذا المالُ ولا شيءٌ منه، فإن نَكَلَ ضَمَّنه المال لثبوته مع الشبهة، ولا يقطع لأن الحدَّ لا يثبت مع الشبهة.

ودعوى الاستيلاد: أن تدّعي الأمةُ أنها أمُّ ولد سيدِها، وهٰذا ابنُها منه، والمولى يُنكِرُ، أما لو ادَّعى المولى، لا يُلتفَتُ إلى إنكارها، لأن الاستيلادَ والنسبَ يثبت بمجرَّد قوله، واختار الفقيه أبو الليث الفتوى على قولهما لعموم البلوى.

ثم عندهما كلُّ نسبٍ يثبتُ من غير دعوى المالِ كالبُنُوَّةِ والزوجيَّةِ. والمالُ يُستَحلَفُ عليه. وكلّ نسبٍ لو أقرَّ به لا يثبتُ إلا بدعوى المال، كالأخِ والعَمِّ لا يُستحلف إلا إذا ادَّعى بسببِه مالاً أو حقّاً، كدعوى الإرثِ، وعدمِ الرجوع في الهبةِ ونحوه.

ويُستَحلَفُ في القِصاصِ، فإن نَكَلَ اقتُصَّ منه (سم) في الأطرافِ، وفي النفسِ يُحبسُ حتَّى يَحلِفَ (سم) أو يُقِرَّ، وإن ادَّعَت عليه طلاقاً قَبْلَ الدُّخولِ استُحلِفَ، فإن نَكَلَ قُضِيَ عليه بنصف المَهْر.

واليَمينُ بالله تعالى لا غيرُ، ....

قال: (ويُستَحلَفُ في القِصاصِ) بالإجماع.

(فإن نَكَلَ اقتُصَّ منه في الأطرافِ، وفي النفسِ يُحبسُ حتَّى يَحلِفَ أو يُقِرَّ) وقالا: يلزمُه الأرْشُ فيهما، لأن النكول إقرارٌ فيه شبهةُ العدم، فلا يثبُتُ به القصاص، فيجب المال سِيَّما إذا ادّعى الوليُّ العمدَ والآخرُ الخطأَ. ولأبي حنيفة: أن الأطراف تجري مجرى الأموالِ، فيجري فيها البذلُ، حتى لو قال لغيره: اقطَع يدِي فقطعها، لا شيءَ عليه، وهٰذا دليلُ البذل، إلا أنه لا يُباح له القطعُ، لأنه لا فائدةَ له فيه، والبذلُ هنا مفيدٌ لانقطاع الخصومة، ولا كذٰلك النفسُ، فلا يجري فيها البذلُ، وإذا امتَنَعَ القصاصُ في النفس، واليمينُ مستحقَّة عليه يُحبس بها كما في القِسامة.

قال: (وإن ادَّعَت عليه طلاقاً قَبْلَ الدُّخولِ استُحلِفَ) لأنه دعوى مالٍ.

(فإن نَكَلَ قُضِيَ عليه بِنصف المَهْر) لما مرَّ، وكذا إذا ادّعت الصَّداقَ في النكاح استُحلِف، لأنها دعوى مالٍ، ويثبتُ المال بالنكول دون النكاح، وقد مرَّ.

فصل

(واليَمينُ بالله تعالى لا غيرُ) قال عليه السلام: «من كان حالفاً

فليحلِفْ بالله أو لِيَذَرْ»[1].

(وتُغَلَّظُ بأوصافِه إن شاءَ القاضِي) وقيل: يختلفُ ذٰلك باختلاف حالِ الحالف وصلاحيَّته[2]، وخوفه وقلَّةِ مبالاتِه وغير ذٰلك، وقيل يختلفُ بكَثْرةِ المال وقلَّتِه، وينبغي للقاضي أن يعظَ الحالفَ قبل الحَلْف، ويعظِّمَ عندَه حرمةَ اليمين، ويتلو عليه قولَه تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ الآية [آل عمران: ٧٧]، ويذكرَ له قولَه عليه السلام: «من حَلَفَ على يمينِ صَبْراً ليقتطعَ بها مالَ امرئٍ مسلمٍ لقِيَ الله تعالى وهو عليه غضبانُ»[3]، وتغليظُ اليمين أن يقول: والله الذي لا إلـٰه إلا هو، عالمِ الغيبِ والشهادةِ، الرحمٰنِ الرحيم، الطالبِ الغالبِ، المُدْرِكِ المُهلِكِ، الذي يعلم من السِّرِّ ما يعلمُ من العلانِيَةِ، الكبيرِ المُتَعالِ، ويزيدُ عليه ما يشاءُ ويَنْقُص.

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمر البخاري (٢٦٧٩)، ومسلم (١٦٤٦) (٣) و(٤)، وهو في «المسند» (٤٥٢٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٦٠). ولفظه: «من كان حالفاً، فليحلف بالله، أو ليصمت» واللفظ للبخاري.

وهو في «الصحيحين» من حديث ابن عمر أيضاً بلفظ: «ألا من كان حالفاً، فلا يحلف إلا بالله»، فكانت قريش تحلِفُ بآبائها، فقال: لا تحلفوا بآبائكم». وهو عند البخاري برقم (٣٨٣٦)، ومسلم (١٦٤٦) (٤).

(٢) في (م): وصلاحته.

(٣) أخرجه من حديث عبد الله بن مسعود البخاري (٢٣٥٦)، ومسلم (١٣٨)، وهو في «المسند» (٣٥٧٦)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٨٤).

وفي الباب من غير واحد من الصحابة في «الصحيحين» وغيرهما، ذكرناها في «المسند» عند حديث ابن مسعود.

ويُحتاطُ من التَّكرَارِ، ولا تُغَلَّظُ بِزمانٍ ولا مكانٍ.

ويُستَحلَفُ اليَهُودِيُّ باللهِ الذي أنزَلَ التَّورَاةَ على مُوسَى، والنَّصرانِيُّ باللهِ الذِي أنزَلَ الإنجيلَ على عيسَى، والمَجُوسِيُّ باللهِ الذِي خَلَقَ النَّارَ،

(**ويُحتاطُ من التَّكرَارِ**) بإدخال الحروف العاطفةِ بين هٰذه الأسماء، فإن المستحَقَّ عليه يمينٌ واحدٌ.

(**ولا تُغَلَّظُ بِزمانٍ ولا مكانٍ**) لأن تعظيم المُقْسَم به حاصلٌ في كلِّ زمانٍ ومكانٍ، وهو المقصود، ولا يُستَحلَف بالطلاق، ولا بالعِتاق للحديث، وقيل: يحلَّف في زماننا لقلَّة مبالاةِ الناس باليمين الكاذبةِ، وكثرةِ إقدامهم على ذٰلك، وكراهتِهِم اليمين بالطلاق والعِتاق، لأن المقصودَ امتناعُهم عن اليمين الكاذبةِ وجحودِ الحقِّ، وذٰلك فيما يعظِّمونَه أكثر.

قال: (**ويُستَحلَفُ اليَهُودِيُّ باللهِ الذي أنزَلَ التَّورَاةَ على مُوسَى، والنَّصرانِيُّ باللهِ الذِي أنزَلَ الإنجيلَ على عيسَى، والمَجُوسِيُّ باللهِ الذِي خَلَقَ النَّارَ**) والأصلُ في ذٰلك ما روي أنه ﷺ حَلَّف ابنَ صُورِيا اليهوديَّ على حُكْم الزنى في التوراة، فقال له: «أنشُدُكَ باللهِ الذي أنزل التوراةَ على موسى»[1]، وإذا ثبت هٰذا في اليهودي، فالنصرانيُّ مثلُه في

---

(١) أخرجه مسلم (١٧٠٠)، وأحمد في «مسنده» (١٨٥٢٥) من حديث البراء بن عازب قال: مُرَّ على النبي ﷺ بيهودي مُحَمَّماً مجلوداً، فدعاهم ﷺ فقال: «هٰكذا تجدون حدَّ الزاني في كتابكم» قالوا: نعم، فدعا رجلاً من علمائهم فقال: «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أهٰكذا تجدون حد الزاني في كتابكم» قال: لا، ولولا أنك نشدتني بهٰذا لم أخبرك، نجده الرجم، ولٰكنه كثر=

الإنجيل، والمجوسيُّ في النار، لأن النصرانيَّ يعظِّم الإنجيل، والمجوسيَّ يعظِّم النار كتعظيم اليهوديِّ التوراةَ، فيحلِّفُهم بما يكون أعظمَ في صدورهم، والمذكورُ في المجوسي قولُ محمد. أما عندهما يحلَّف بالله لا غير، لأن التغليظ بغير الله تعالى لا يجوز، ولأن ذِكر النار مع ذِكر الله تعالى تعظيمٌ لها، ولا يجوز، إلا أن اليهوديَّ والنصرانيَّ ورَدَ فيهما نصٌّ خاصٌّ، ولأن كتبَ الله تعالى معظمةٌ. وعن أبي حنيفة: أنه لا يحلَّف أحدٌ إلا بالله خالصاً.

(و) يحلَّفُ (**الوَثَنِيُّ بالله**) لأنهم يعتقدون الله تعالى، قال تعالى: ﴿ وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ ﴾ [الزخرف: ٨٧]، ولا يُستحلَف بالله الذي خلق الوثَنَ والصنمَ لما مَرَّ.

ولو اقتصر في الكلِّ على قوله: بالله، فهو كافٍ، لأن الزيادة للتأكيد كما قلنا في المسلم، وإنما يغلَّظ ليكون أعظمَ في قلوبهم، فلا يتجاسَرون على اليمين الكاذبةِ.

= في أشرافنا، فكنا إذا أخذنا الشريف تركناه، وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد، قلنا: تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع، فجعلنا التحميم والجلد مكان الرجم. . . الحديث.

وأخرج أبو داود (٤٤٥٢) من طريق مجالد، عن عامر، عن جابر بن عبد الله قال: جاءت اليهود برجل وامرأةٍ منهم زنيا، قال: «ائتوني بأعلم رجلين منكم»، فأتوه بابني صوريا، فنشدهما «كيف تجدان أمر هٰذين في التوراة؟» قالا: نجد في التوراة إذا شهد أربعةٌ، أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المُكحلة رُجِما. قال: «فما يمنعكما أن ترجموهما؟». . . الحديث. وهو صحيح.

قال: (ولا يُحَلَّفُونَ في بيُوتِ عباداتِهم) لأن الغَرَض اليمينُ بالله، ولأن ذٰلك يُشعِر بتعظيمها ولا يجوز، ولأن المسلمَ ممنوعٌ من دخولها.

ويُستحلف الأخرسُ فيقول له القاضي: عليك عهدُ الله إن كان لهٰذا عليك هٰذا الحقُّ؟ ويشيرُ الأخرس برأسه: أيْ: نعم. ثم الاستحلافُ على نوعين: على العقود الشرعية والأفعال الحسيَّة، فالعقود الشرعية: يحلِّفُه القاضي على الحاصل بالله ما لَه قِبَلَكَ ما ادَّعى من الحقِّ، ولا يحلِّفُه على السبب وهو العقد، لأن العقد ربما انفسَخ بالتفاسُخ أو بالبراءةِ من موجِبه بالإبراء والإيفاء، فيتضرّرُ بذٰلك لأنه إن حلَفَ كذَبَ، وإن لم يحلف قضَى عليه بالنكول، ولا كذٰلك إذا حلَّفه على الحاصل، لأنه إن كان مُحِقاً أمكنه الحلفُ فلا يتضرّرُ، وقيل: إن أنكر المدَّعَى عليه السببَ حلَفَ عليه، وإن أنكر الحُكم حلَفَ على الحاصل، إلا أن يكون في ذٰلك تركُ النظر للمدّعِي، بأن يدّعي الشُّفعة بالجِوار أو نفقةِ المبتوتة، والمدّعَى عليه لا يراها، فحينئذٍ يحلِّفه على السبب، لأنه إذا حلَفَ على الحاصل فهو يعتقد صِدْقَ يمينِه بناءً على اعتقاده، فيبطُل حقّ المدّعي، فيحلِّفه بالله ما اشتريتُ هٰذه الدار التي سماها بكذا، وفي المبتوتةِ بالله ما هي معتدّةٌ منك، ومثله إذا ادّعت الفُرقةَ بمضيّ مدَّةِ الإيلاء يحلِّفه بالله ما آلى منها في وقت كذا، ولا يحلِّفه بالله ما هي بائنٌ منك لأنه لا يرى ذٰلك. وعن أبي يوسف أنه يحلِّفه عن العقد إلا إذا ذَكَر شيئاً مما ذكرنا فيحلِّفُه على الحاصل.

فيُحَلِّفُه في البيعِ بالله ما بينَكُما بَيعٌ قائمٌ فيما ذُكِرَ، وفي النِّكاحِ ما بينَكُما نِكاحٌ قائمٌ في الحالِ، وفي الطَّلاقِ ما هي بائِنٌ مِنكَ السَّاعَةَ، وفي الوَدِيعَةِ ما له هٰذَا الذي ادّعاهُ في يَدِكَ وَدِيعَةٌ ولا شيءَ منه، ولا له قِبَلَكَ حقٌّ، . . . .

والأفعال الحسيَّةُ نوعان: أحدُها يُستَحلف على الحاصل أيضاً، كالغَصب والسرقة. والثاني يحلِّفه على السبب على ما نبينُه في أثناء المسائل.

(**فيُحَلِّفُه في البيعِ بالله ما بينَكُما بَيعٌ قائمٌ فيما ذُكِرَ، وفي النِّكاحِ ما بينَكُما نِكاحٌ قائمٌ في الحالِ**) لأنه قد يُطلِّقُها أو يخالعُها بعد العقد.

(**وفي الطَّلاقِ ما هي بائِنٌ مِنكَ السَّاعَةَ، وفي الوَدِيعَةِ ما لَه هٰذَا الذي ادّعاهُ في يَدِكَ وَدِيعَةٌ، ولا شيءَ منه، ولا له قِبَلَكَ حقٌّ**) لجواز أن يكون قد برِئَ من بعضِها أو استهلَكَها، وفي الغصبِ والسرقةِ إن كانت العينُ قائمةً بالله ما يستحقُّ عليك رَدَّه، لأنه قد يَغصِبُه ثم يملِكُه ببيعٍ أو هبةٍ، وإن كانت هالكةً يُستَحلف على قيمتِها، وقيل يحلفُ على الثوبِ والقيمةِ جميعاً.

والنوع الثاني من الأفعال الحسِّيَّة أن يدّعي على غيرِه أنه وضَعَ على حائطِه خشبةً، أو بنى عليه، أو أجرى ميزاباً على سطحِه أو في دارِه، أو رمى تراباً في أرضِه، أو شَقَّ في أرضه نهراً، فإنه يحلِفُ على السبب بالله ما فعلتُ كذا، لأن هٰذه الأشياء لا ترتفع، ومثله إذا ادّعى العبدُ المسلمُ على مولاه العِتْقَ يحلِفُ على السبب لأنه لا يرتفعُ، وفي الأَمَة والعبد الكافرِ يحلِّفُه على الحاصل، لأن الرِّقَّ يتكرَّرُ على الأمَة بالرِّدَّة واللَّحاق، وعلى العبد الكافر بنقض العهدِ واللَّحاق، ولا كذٰلك

وإذا قال المُدَّعَى عليه: هٰذا الشَّيءُ أودَعَنيه فُلانٌ الغائِبُ، أو رَهَنَه عِندي، أو غَصَبتُه منه، أو أعارَنِي، أو آجَرَنِي، وأقام على ذٰلكَ بَيِّنَةً فلا خُصُومَةَ إلاَّ أن يكونَ مُحتالاً، وإذا قال الشُّهُودُ: أودَعَه رَجُلٌ لا نَعرِفُه لم تَندَفعِ الخُصُومَةُ.

المسلمُ، ويحلِّفه في الدَّين بالله ما لَه عليك من الدَّين والقَرض قليلٌ ولا كثير، لاحتمال أنه أدّى البعضَ أو أبرَأه منه، فلا يحنثُ في يمينِه على الجميع، ومَن افتدى يمينَه من خصمِه بمالٍ صالَحه عليه جاز، وسقط حقُّه في الاستحلاف أصلاً. وقد روي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه افتدى يمينَه وقال: أخافُ أن يصيب الناسَ بلاءٌ فيقولون: هٰذا بيمين عثمانَ.

قال: (**وإذا قال المُدَّعَى عليه: هٰذا الشَّيءُ أودَعَنيه فُلانٌ الغائِبُ، أو رَهَنَه عِندي، أو غَصَبتُه، منه أو أعارَنِي، أو آجَرَنِي، وأقام على ذٰلكَ بَيِّنَةً، فلا خُصُومَةَ إلاَّ أن يكونَ مُحتالاً**) ولا بدَّ من إقامةِ البينةِ على دعواه لدَفع الخُصومةِ، لأن بالنظر إلى كونهِ في يده هو خصمٌ، ثم هو بإقرارِه يريدُ دفعَ الخصومة عنه، فلا تُقبَل إلا ببينةٍ.

وقوله: إلا أن يكون محتالاً، قولُ أبي يوسف، فإنه قال: إن كان المدَّعَى عليه معروفاً بالصلاح فالجوابُ كما ذكرنا، وإن كان معروفاً بالحِيَل لا يندفعُ، لأن المحتال قد يدفع مالَه إلى غيره، ثم ذٰلك الغير يُودِعُه إياه، ويسافرُ احتيالاً لدفع الحقِّ، فإذا عرفه القاضي بذٰلك لا يقبلُه.

(**وإذا قال الشُّهُودُ: أودَعَه رَجُلٌ لا نَعرِفُه، لم تَندَفعِ الخُصُومَةُ**) لاحتمال أنه المدَّعِي، ولو قالوا: نعرفُه بوجهه ولا نعرف اسمَه ونسبَه،

فصل

بيِّنَةُ الخارِجِ أولَى من بيِّنَةِ ذِي اليَدِ على مُطْلَقِ المِلْكِ، . . . .

اندفعت عند أبي حنيفة، وقال محمد: لا تندفعُ لأن القضاء بالمجهول باطلٌ، لأن المدَّعِي لا يمكنُه اتباعُه فيتضرَّرُ، وصارَ كالفَصْل الأوّل. ولأبي حنيفةَ أن اليد تدلُّ على الملكِ وتُوجبُ الخُصومةَ، فإذا ثبت[1] بالبينةِ كونُه مُودِعاً اندفعت الخصومةُ عنه، إلا أنهم إذا لم يَعرفوه بوجهِه احتمل أنه المدَّعِي فلا تندفعُ، وإذا عرفوه بوجهه ثَبَتَ أنه مودِعٌ من غير المدّعِي فاندفعت الخصومةُ، كما إذا عاينَ القاضي أنه أودَعَه غيرُ المدّعي، إذ البينةُ العادلةُ كمعاينة القاضي، فإن قال المدّعي: أودَعَها ثم وهبَها منك وأنكر، يستحلفُه القاضي أنه ما وهبها منه ولا باعها له، فإن نَكَلَ صار خَصماً، ولو ادّعى المدّعَى عليه أنه اشتراها من آخَرَ فهو خصمُه، لأنه أقرَّ أن يدَه يدُ ملكٍ، فكان خصماً، ولو قال المدّعَى عليه: نصفُ الدار لي ونصفُها وديعةُ فلانٍ، وأقام البينةَ على ذٰلك اندفعت الخصومةُ في الكُلّ لتعذُّر التمييز.

فصل

(**بيِّنَةُ الخارِجِ أولَى من بيِّنَةِ ذِي اليَدِ على مُطْلَقِ المِلْكِ**) لأنها أكثرُ إثباتاً، لأنها تُثبتُ المِلكَ للخارج، وبينةُ ذي اليد لا، لأن المِلكَ ثابتٌ له باليد، وإذا كانت أكثرَ إثباتاً كانت أقوى.

---

(١) في (م): فإن أثبت، والمثبت من (س).

وإن أقامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ على مُلْكٍ مُؤَرَّخٍ، وَذُو اليَدِ على مِلْكٍ أسبَقَ منه تاريخاً فَذُو اليَدِ أولى، ولو أقاما البَيِّنَةَ على النتَّاجِ ونَسْجِ الثياب التي لا يتَكَرَّرُ نَسْجُها فبَيِّنَةُ ذِي اليَدِ أولَى، ....

قال: (وإن أقامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ على مُلْكٍ مُؤَرَّخٍ، وَذُو اليَدِ على مِلْكٍ أسبَقَ منه تاريخاً[1] فَذُو اليَدِ أولى) لأن بينته تثبت الملك له وقت التاريخ، والخارج لا يدّعيه في ذٰلك الوقت، وإذا ثبت الملك له ذٰلك الوقت فلا يثبت بعد ذٰلك لغيره إلا بالتلقي منه، إذ الأصل في الثابت دوامه، وكذا لو كانت في أيديهما وأقاما البينة على ما ذكرنا.

(ولو أقاما البَيِّنَةَ على النتَّاجِ ونَسْجِ الثياب التي لا يتكَرَّرُ نَسْجُها فبَيِّنَةُ ذِي اليَدِ أولَى) لأن ما قامت عليه بينتُه لا تدلُّ عليه اليدُ فتعارضتا، فترجَّحت بينةُ ذي اليد باليد، وكذا كلُّ سبب لا يتكرّرُ، كغَزْل القُطْن، وعَمَل الجُبْن، واللِّبْدِ[2]، وجَزِّ الصوف، وحَلْبِ اللَّبَن لأنه في معنى النتاج، وإن كان يتكررُ كالبناء، وزَرْعِ الحبوب، ونَسْجِ الخَزِّ ونحوه، فبينةُ الخارج أولى، كما في المِلْكِ المطلَق، وإن أشكل قضى للخارج، وإن تنازعا دابةً وأقاما البينةَ على النتاج وأرَّخا فمن وافقه سنُّ الدَّابّة فهو أولى، وإن أشكل فهي بينَهما لعَدَم الأولويَّة، وإن خالف سنُّ الدَّابّة التاريخين تهاتَرَتا[3]، وتُرِكت في يد من كانت في يدِه.

---

(١) لفظة: «تاريخاً» ليست في (س)، وهي مثبتة من (م).

(٢) «اللِّبد»: قال في «اللسان»: اللِّبْدُ من البُسُط، معروف، وكذٰلك لِبْدُ السرج، وألْبَدَ السَّرْجَ: عمل له لِبْداً.

(٣) يقال: تهاترت البينات: إذا تساقطت وبطلت.

وإن أقامَ كُلّ واحدٍ البَيِّنَةَ على الشِّراءِ من الآخَرِ ولا تارِيخَ لهما تهاتَرَتا. ادّعَيا نكاحَ امرأةٍ، وأقاما البَيِّنَةَ لم يَقْضِ لواحدٍ منهما، . . . .

قال: (**وإن أقامَ كُلّ واحدٍ البَيِّنَةَ على الشِّراءِ من الآخَرِ ولا تارِيخَ لهما تهاتَرَتا**) وقال محمد: يَقضِي للخارج، لأنه أمكَنَ العملُ بالبيِّنتين بأن باعَه الخارجُ وقَبَض، ثم باعَه ذو اليد ولم يَقبض، ولا ينعكسُ لعدم جواز البيع قبلَ القبض، وإن كان عقاراً عنده، والعملُ بالبيِّنتين واجبٌ ما أمكن، لأن البينةَ من الدلائل الشرعية، وإن ذَكَرت البينتان القبضَ عَمِل بهما، ويكون لذي اليد، كأنه باعَ من الخارج وقبَضَها الخارج، ثم باعها من ذي اليدِ وقبضَها ذو اليد، عملاً بالبيِّنتين. ولهما: أن شراء كلِّ واحدٍ من الآخر اعترافٌ بكون المِلْكِ له، فكأن البيِّنتين قامتا على الاعترافين، وإنه موجِبٌ للتهاتُر، لأنه لا يُتصوَّرُ أن يكون كلُّ واحدٍ بائعاً ومشترياً في حالةٍ واحدةٍ، ولا دِلالةَ على السَّبْقِ، ولا ترجيحَ، فيتعذَّرُ القضاءُ أصلاً، ثم هٰذا شيءٌ بناه على أصلِه، فإنَّ عندَهما يجوزُ بيعُ العقار قبل القبض، فجاز أن يكون الخارجُ اشتراه أوّلاً، ثم باعه قبل القبض لذي اليدِ، فيكونُ لذي اليدِ، ومع الاحتمال لا يثبتُ المِلكُ وإن وقَّتا، فإن كان الخارج أوّلاً قضَى بهما ويكون لذي اليد، وإن كان ذو اليد أوّلاً قضَى بهما أيضاً والملكُ للخارجِ بالإجماع.

قال: (**ادّعَيا نكاحَ امرأةٍ، وأقاما البَيِّنَةَ لم يَقْضِ لواحدٍ[1] منهما**)

---

(١) في (س): «بواحدة»، والمثبت من (م).

وإن وَقَّتا فهي لِلأَوَّلِ، وإنِ ادَّعيا عَيناً في يَدِ ثالثٍ وأقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما البَيِّنَةَ أنها له قُضِي بها بينَهُما، وإن ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما الشراءَ من صاحِبِ اليَدِ، وأقاما البَيِّنَةَ، فإن شاءَ كُلُّ واحدٍ منهما أخَذ نصفَ العَبْدِ، وإن شاءَ تَرَكَ، فإن تَرَكَ أحدُهُما فليسَ للآخَرِ أخْذُ جَمِيعِه، وإن وَقَّتا فهو للأوَّل، وإن وَقَّت أحدُهُما أو كانَ معه قَبْضٌ فهو أولَى، . . . .

لتعذُّر الاشتراك في النكاح، ويَرجِعُ إلى تصديقها، فمن صَدَّقته كان زوجَها، لأن النكاح عندنا يثبتُ بتصادُقِ الزوجين.

(**وإن وَقَّتا فهي لِلأَوَّلِ**) منهما لأنه ثبت في وقتٍ لا منازِع له فيه، فترجَّحت على الثانية.

قال: (**وإنِ ادَّعيا عَيناً في يَدِ ثالثٍ، وأقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما البَيِّنَةَ أنها له، قُضِي بها بينَهُما**) لاستوائهما في السبب.

(**وإن ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما الشراءَ من صاحِبِ اليَدِ وأقاما البَيِّنَةَ، فإن شاءَ كُلُّ واحدٍ منهما أخَذ نصفَ العَبْدِ**) بنصفِ الثمنِ، لاستوائهما في السبب.

(**وإن شاءَ تَرَكَ**) لوجود العيبِ بالشَّركة.

(**فإن تَرَكَ أحدُهُما فليسَ للآخَرِ أخْذُ جَمِيعِه**) لأن بيع الكلِّ انفسَخَ بقضاء القاضي بالنصفَ حتى لو فَعَل ذٰلك قبلَ القضاء جازَ، لأنه لم ينفسِخ بيعُه في الكلِّ. (**فإن وَقَّتا فهي للأوَّل**) لما بينا.

(**وإن وَقَّت أحدُهُما أو كانَ معه قَبْضٌ فهو أولَى**) أما الوقتُ فلأنه ثَبَتَ ملكُه فيه، ووقع الشكُّ في ملك الآخر فيه، فلا يثبتُ بالشَّكِّ، وأما

وإن ادَّعَى أحدُهُما شراءً والآخرُ هِبَةً وقبْضاً، أو صَدَقَةً وقَبْضاً، ولا تارِيخَ لهما فالشِّرَاءُ أولَى، وإن ادَّعَى الشِّراءَ وادَّعَتْ أنَّه تزَوَّجها عليه فهما سَوَاءٌ، وإن أقامَ الخَارِجانِ البَيِّنَةَ على المِلْكِ والتَّاريخِ، أو على الشِّرَاءِ من واحِدٍ أو مِن اثنَينِ فأوَّلُهُما أولَى، وإن أرَّخَ أحدُهُما فهو له، . . . .

القبضُ فلأنهما استوَيا في الإثبات، فلا تُنْقَضُ اليدُ الثانية بالشكِّ، ولأنّ القبضَ دليلُ تقدُّم شِرائِه، فكان أولى.

قال: (**وإن ادَّعَى أحدُهُما شراءً، والآخرُ هِبَةً وقبْضاً، أو صَدَقَةً وقَبْضاً، ولا تارِيخَ لهما فالشِّرَاءُ أولَى**) لأنه يثبتُ بنفسِه، والهبةُ والصدقةُ تفتقرُ إلى القبضِ، فكان أسرعَ ثبوتاً فكان أولى، ولو ادّعى أحدُهما بيعاً والآخرُ رهناً فالبيع أولى، لأن البيع يُثْبِتُ الملك حقيقةً في الحال، والرهنُ إنما يُثبتُه عند الهلاك تقديراً، وكذا الهبةُ بِعِوضٍ أولى من الرهنِ لما بينا.

(**وإن ادَّعَى الشِّراءَ وادَّعَتْ أنَّه تزَوَّجها عليه، فهما سَوَاءٌ**) عند أبي يوسف، لأنهما عَقْدا معاوضةٍ يثبتُ المِلكُ فيهما بنفس العقد، ثم ترجِعُ على الزوج بنصف القيمة، وقال محمد: الشراءُ أولى، وعلى الزوج القيمةُ عملاً بالبيِّنتين بتقديم الشراء، لأن التزويجَ على مِلكِ الغير جائزٌ، ثم تَرُدُّ القيمةَ عند تعذُّر التسليم.

قال: (**وإن أقامَ الخَارِجانِ البَيِّنَةَ على المِلْكِ والتَّاريخِ، أو على الشِّرَاءِ من واحِدٍ أو مِنِ اثنَينِ**) غير ذي اليد (**فأوَّلُهُما أولَى، وإن أرَّخَ أحدُهُما فهو له**) وقد مرَّ.

وإن تَنازَعا دابَّةً أحدُهُما راكِبُها أو له عَليها حَمْلٌ فهو أولَى (ف) وكذٰلكَ إن كانَ راكِباً في السَّرْجِ والآخَرُ رَدِيفُه أو لابِسَ القَمِيصِ والآخَرُ مُتَعَلِّقٌ به،

قال: (**وإن تَنازَعا دابَّةً أحدُهُما راكِبُها، أو له عَليها حَمْلٌ فهو أولَى**) لأنه تصرُّفٌ أظهرُ وأدلُّ على المِلك.

(**وكذٰلكَ إن كانَ راكِباً في السَّرْجِ والآخَرُ رَدِيفُه، أو لابِسَ القَمِيصِ والآخَرُ مُتَعَلِّقٌ به**) لما ذكرنا، ولو كانا راكِبَين في السَّرْج فهي بينهما لاستوائِهما.

سفينةٌ فيها راكبٌ، وآخرُ متمسِّكٌ بسُكَّانها[1]، وآخرُ يَجْدِفُ فيها، وآخرُ يمُدُّها، فهي بينهم إلا المدادَ لا شيءَ له.

عبدٌ لرجلٍ موسِرٍ على عنقه بَدْرةٌ فيها عشرةُ آلاف درهمٍ في دار رجلٍ معسِرٍ لا شيءَ له، فادَّعيا البَدْرةَ، قال محمد: هي للموسِرِ بشهادة الظاهر.

وعن محمد: قطارُ إبلٍ على البعير الأوّل راكبٌ، وعلى الوَسَط راكبٌ، وعلى آخرِها راكبٌ، فادّعى كلُّ واحد منهم القطارَ، فلكُلِّ واحدٍ البعيرُ الذي هو راكبه، لأنه في يده وتصرُّفه، وما بين الأوّل والأوسَطِ للأوّل لأنه قائدٌ، والقيادة تصرُّفٌ، وما بين الأوسَط والآخِرِ بين الأوّلِ والأوسَطِ نصفان لاستوائِهما في التصرُّف، وليس للآخِرِ إلا ما ركبَه.

---

(١) السكان: ما تُسَكَّنُ به السفينةُ، وتُمنَعُ من الحركة والاضطراب، وتُعدَّل به في سيرها، وهو في مؤخرها يُحركها يميناً ويساراً، ويقال له: دَفَّة السفينة.

وبيّنةُ النتّاجِ والنَّسجِ أولى من بيّنةِ مُطْلَقِ الملْكِ، والبَيِّنةُ بِشاهدَينِ وثلاثٍ (ف) وأكثرَ سَواءٌ.

فصل

اختلَفا في الثَّمَنِ أو في المبيعِ فأيُهما أقامَ البَيِّنَةَ فهو أولَى، وإن أقاما البَيِّنَةَ فالمُثْبِتَةُ للزّيادَةِ أولى، ....

قال: (وبيِّنَةُ النتّاجِ والنَّسجِ أولى من بيِّنَةِ مُطْلَقِ الملْكِ)، لأنها تُثبِتُ أوَّليةُ المِلكِ، فلا تثبُتُ لغيره إلا بالتلقي منه.

قال: (والبَيِّنَةُ بِشاهدَينِ وثلاثٍ وأكثَرَ سَواءٌ) لأن الشرع جعل الكلَّ سواءً في إثبات الحقِّ وإلزامِ القاضي الحكمَ عند الانفراد، فيستويان عند الاجتماع، وكذا إذا كانت إحدى البيِّنتين أعدلَ، لأن الشرط أصلُ العدالة وقد استوَيا فيه، ولا اعتبارَ بما زاد لأنه لا ضابطَ له.

فصل

(اختلَفا في الثَّمَنِ أو في المبيعِ، فأيُهما أقامَ البَيِّنَةَ فهو أولَى) لأن كلَّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ وقد ترجَّحت دعواه بالبينة.

(وإن أقاما البَيِّنَةَ فالمُثْبِتَةُ للزّيادَةِ أولى) لأن البينات للإثبات، فمهما كانت أكثرَ إثباتاً كانت أقوى، فتترجحُ على الأخرى، وإن كان الاختلافُ في الثمن والمبيع جميعاً، فبينةُ البائع في الثمن أولى لأنها أكثرُ إثباتاً، وبينةُ المشتري في المبيع أولى لأنها أكثرُ إثباتاً.

فإن لم تكن لَهُما بيِّنَةٌ يُقالُ لِلْبائِع: إمَّا أن تُسَلِّمَ ما ادَّعاهُ المُشتَرِي من المَبِيعِ وإلاَّ فَسَخْنا البيعَ، ويُقالُ للمُشتَرِي: إمَّا أن تُسَلِّمَ ما ادّعاه البائِعُ من الثَّمَنِ وإلاَّ فَسَخْنا البيعَ، فإن لم يَتَراضَيا يَتَحالَفانِ ويُفْسَخُ البيعُ ....

(**فإن لم تكُن لَهُما بيِّنَةٌ يُقالُ لِلْبائِع: إمَّا أن تُسَلِّمَ ما ادَّعاهُ المُشتَرِي من المَبِيعِ وإلاَّ فَسَخْنا البيعَ، ويُقالُ للمُشتَرِي: إمَّا أن تُسَلِّمَ ما ادّعاه البائِعُ من الثَّمَنِ وإلاَّ فَسَخْنا البيعَ**) لأنهما قد لا يختارون الفسخَ، فإذا علِما بذٰلك تراضَيا، فترتفعُ المنازعةُ، وهو المقصود.

(**فإن لم يَتَراضَيا يَتَحالَفانِ ويُفْسَخُ البيعُ**) ويحلِّفُ الحاكمُ كلَّ واحدٍ منهما على دعوى صاحبه، قال عليه السلام: «إذا اختَلَفَ المُتبايعان والسِّلعةُ قائمةٌ تحالفا وتَرادّا»[1]، فيحلفُ البائعُ بالله ما باعه بألفٍ كما

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٨٦) من طريق محمد بن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمٰن، عن أبيه: أن عبد الله بن مسعود باع من الأشعث ابن قيس... وفيه: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينةٌ، والبيع قائم بعينه، فالقول ما قال البائع، أو يترادّان البيع» قال: فإني أرى أن أردَّ البيع، فردّه. وإسناده ضعيف لضعف ابن أبي ليلى ولانقطاعه. قال البيهقي في «المعرفة» (١١٤١٩): ورواه أبو عُميس ومعن بن عبد الرحمٰن وعبد الرحمٰن المسعودي وأبان بن تغلب، كلهم عن القاسم، عن عبد الله منقطعاً، وليس فيه: «والمبيع قائم بعينه»، وابن أبي ليلى كان كثير الوهم في الإسناد والمتن، وأهل العلم بالحديث لا يقبلون منه ما يتفرد به لكثرة أوهامه.

وأخرجه أحمد في «مسنده» (٤٤٤٦) من طريق سفيان، عن معن، عن القاسم، عن عبد الله، عن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف البيعان والسلعة كما هي، فالقول ما قال البائع، أو يترادان». وإسناده ضعيف لانقطاعه. =

. . . .

يدّعيه المشتري، ويحلفُ المشتري بالله ما اشتراه بألفَين كما ادَّعاه البائعُ، فإذا تحالفا قال لهما القاضي: ما تُريدان؟ فإن لم يطلبا الفسخَ تركَهما حتى يصطَلِحا عن شيءٍ، وإن طَلَبا الفسخ أو أحدُهما، فَسَخَ، لأنه لما لم يتعيَّن الثمنُ ولا المَبيع صار مجهولاً، فيُفسخ قطعاً للمنازعة، ولا ينفسخُ بنفس التحالُف حتى يتفاسَخَا أو يَفسَخَ القاضي.

= وأخرجه أبو داود (٣٥١١)، والنسائي في «المجتبى» ٧/ ٣٠٣، والبغوي في «شرح السنة» (٢١٢٢) من طريق أبي العُميس، عن عبد الرحمٰن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس، عن أبيه، عن جده: أن عبد الله بن مسعود باع للأشعث بن قيس رقيقاً. . . وفيه: «إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينةٌ، فالقول ما يقول ربُّ السلعة، أو يتتاركان». وعبد الرحمٰن بن قيس، قال الذهبي في «الميزان»: ما روى عنه سوى أبي العُميس، وقال الحافظ في «التقريب»: مجهول الحال، ومع ذٰلك صححه الحاكم ٢/ ٤٥، ووافقه الذهبي: ودعوى الانقطاع في هذا الإسناد التي ذكرها ابن القطان ـ فيما نقله عنه الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٠٥ ـ مردودة. فقد قال البيهقي في «السنن» ٥/ ٣٣٢: هٰذا إسناد حسن موصول، وقد روي من أوجه بأسانيد مراسيل إذا جمع بينها صار الحديث بذٰلك قوياً. وقال في «معرفة السنن والآثار» (١١٤٢٠): وأصح إسناد رُوي في هٰذا الباب رواية أبي العميس، عن عبد الرحمٰن بن قيس بن محمد بن الأشعث، عن أبيه، عن جده، به. ونقله عنه الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٠٦.

وقال صاحب «التنقيح» ٢/ ٥٦١: قال أئمة التعديل: والذي يظهر أن حديث ابن مسعود في هٰذا الباب حسن بمجموع طرقه، وله أصل، قالوا: حديث حسن يحتج به، لكن في لفظه اختلاف.

ويُبدَأُ بِيَمِينِ البائِعِ، ولو كانَ البيعُ مُقايَضةً بدأ بأيهِما شاء، . . . .

قال: (**ويُبدَأُ بِيَمِينِ البائِعِ**) في قول أبي يوسف الأوّل، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة، قال عليه السلام «إذا اختلف المتبايعان فالقولُ ما قاله البائعُ»[1]، وأقلُّ فائدتِه تقديمُ قولِه. وقولُه الآخر ـ وهو قولُ محمد، وروايةٌ عن أبي حنيفة ـ يبدأ بيمين المشتري، لأن البائع يطالبُه بتسليم الثمن أوّلاً وهو ينكِرُ، وهو لا يطالبُ البائعَ بتسليم المَبيع للحال.

قال: (**ولو كانَ البيعُ مُقايَضةً**) أو صرفاً (**بدأ بأيِّهما شاء**) لاستوائِهما في الإنكار، ولو اختلفا في المبيع يبدأُ بيمين البائع لأنه أشدُّهما إنكاراً، ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً يبدأ بيمين مَن بدأَ بالدعوى، لأنهما استويا في الإنكار فيترجَّح بالبداية، وإن ادّعيا معاً يبدأ القاضي بأيِّهما شاء، وإن شاء أقرَعَ بينهما. ولو اختلفا في جنس العَقد فقال أحدُهما: بيعٌ، وقال الآخر: هبةٌ، أو في جنس الثمن فقال أحدهما: دراهمُ، والآخر: دنانيرُ، يتحالفان عند محمد، وهو المختار، لأن وصف الثمن وجنسَه بمنزلة القَدْر لأن الثمن دَينٌ، وإنما يُعرف بجنسِه ووصفِه، ولا وجودَ له بدونهما، ولا كذٰلك الأجَلُ، فإنه ليس بوصفٍ، لأن الثمن يبقى بعد مُضيِّه، وقالا: لا يتحالفان، لأن نصَّ التحالف وَرَدَ

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٧٠)، وهو في «المسند» (٤٤٤٤) من طريق محمد بن عجلان، عن عون بن عبد الله، عن ابن مسعود. فذكره وهو منقطع. وانظر ما قبله.

وانظر لزاماً «المسند» الأحاديث ذات الأرقام (٤٤٤٢) و(٤٤٤٣) و(٤٤٤٥) و(٤٤٤٧).

ومَن نَكَلَ عن اليَمِينَ لَزِمَه دَعوَى صاحِبِه، وإن اختَلَفا في الأجَل أو شَرطِ الخِيار، أو استِيفاء بَعض الثَّمَن لم يتَحالَفا، والقَولُ قَولُ المُنكِرِ، وإن اختَلَفا بعدَ هَلاكِ المَبِيعِ لم يتَحالفَا، والقولُ قَولُ المُشتَرِي، . . . .

على خلاف القياس، فيقتصر على مورِدِه وهو الاختلافُ في المبيع أو الثمن، وجوابه ما مرَّ.

قال: (**ومَن نَكَلَ عن اليَمِينَ لَزِمَه دَعوَى صاحِبِه**) لما تقدّم في القضاء بالنُّكول.

قال: (**وإن اختَلَفا في الأجَل أو شَرطِ الخِيار، أو استِيفاء بَعض الثَّمَن لم يتَحالَفا**) لأنه اختلافٌ في غير المعقود عليه، لأن العقدَ لا يختَلُّ بعدَمِه، بخلاف الاختلاف في القَدْر لأنه لا بقاءَ للعقد بدونِه.

(**والقَولُ قَولُ المُنكِرِ**) لأنه ينكرُ الشرطَ فكان القولُ قولَه.

قال: (**وإن اختَلَفا بعدَ هَلاكِ المَبِيعِ لم يتَحالفَا**) عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف.

(**والقولُ قَولُ المُشتَرِي**) لأنه منكِر. وقال محمد: يتحالفان، ويُفسَخ البيع على قيمة الهالك، وعلى هٰذا إذا خَرَجَ المبيعُ عن ملك المشتري، أو صارَ بحالٍ يمنع الفسخَ بأن ازدادَ زيادةً متصلةً أو منفصلةً. لمحمدٍ: أن كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي عقداً غيرَ ما يدَّعيه الآخرُ، وصاحبه ينكِرُ، فيتحالفان كما إذا كانت قائمةً، لأن القيمةَ بمنزلة العين عند عدمها. ولهما: أن اليمين حجةُ المنكِر حقيقةً بالنصِّ، والبائعُ ليس بمنكِرٍ لأن المشتري ليس بمدَّعٍ، لأن السلعة سُلِّمت له ملكاً

وإنِ اختلَفا بعدَ هَلاكِ بَعضِ المَبِيعِ لم يَتَحالَفا إلاَّ أن يَرضَى البائعُ بتَركِ حِصَّةِ الهالِكِ، . . . .

ويداً، وإذا لم يكن البائعُ منكِراً لا يمينَ عليه، والشرع وَرَدَ به[1] حالَ قيام العين لفائدةِ الفسخ، ولا فسخَ بعدها لعدم بقاء العقد، وأيُّهما أقامَ البينةَ قضى بها، وإن أقاما فبيِّنةُ البائع، وإن ماتا أو أحدُهما واختلفت الوَرَثةُ فلا تحالُفَ، لأنهما ليسا متبايِعَين، فلا يتناولهما النصُّ.

قال: (**وإنِ اختلَفا بعدَ هَلاكِ بَعضِ المَبِيعِ لم يَتَحالَفا إلاَّ أن يَرضَى البائعُ بتَركِ حِصَّةِ الهالِكِ**) وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحيِّ ويُفسخ البيع فيه، والقولُ في قيمة الهالك قولُ المشتري. وقال محمد: يتحالفان عليهما ويُفسَخُ البيع في الحيِّ وقيمةِ الهالك، وعلى هٰذا إذا انتقَصَ أو جنَى عليه المشتري أو باع المشتري أحدَ العبدَين. لمحمد: أن هلاك السلعةِ لا يمنعُ التحالفَ عنده لما مرّ، فهلاكُ البعض أولى، ولأبي يوسف: أن المبيعَ إذا كان قائماً يتحالفان، وإن كان هالكاً لا يتحالفان، فإذا هلَكَ نصفُه وبقي نصفُه يُعطَى كلَّ نصفٍ حكمُه، ولأبي حنيفة: أن النصَّ ورَدَ حال قيامِ السلعةِ، بخلاف القياس، فلا يقاسُ عليه غيرُه، إلا أنه إذا رضي بترك حِصَّةِ الهالك يصيرُ الهالك كأن لم يكن، وكأنَّ العقدَ لم يَرِدْ إلا على الباقي، ومن المشايخ من قالَ على قول أبي حنيفة: يأخذُ من ثمن الهالك ما أقرَّ به المشتري دون الزيادة. وذكر محمد في «الجامع» قولَ أبي يوسف مع قولِه وهو الصحيح،

---

(١) لفظة: «به» سقطت من (س)، وهي في (م).

وإن اختَلَفا في الإجارَةِ قَبلَ استيفاءِ شيءٍ في المَنفَعَةِ في البَدَلِ أو في المُبدَلِ يتحالَفانِ ويَتَرادّانِ؛ وإنِ اختلَفَا بعد استِيفاءِ جمِيعِ المَنْفَعَةِ لم يتَحالفَا والقولُ للمُستأجِرِ. . . . .

فيحلفُ المشتري بالله ما اشتريتُهما بألفين، فإن نَكَل لَزِمَه، وإن حلف يحلفُ البائعُ ما بِعتُهما بألف، فإن حلف يُفسَخُ العقدُ في القائم ويَردُّ المشتري حِصَّةَ الهالك من الثمن الذي أقرَّ به، ويُقسَم الثمنُ على قَدْر قيمتهما يومَ القبض، وإن اختلفا في قيمة الهالك يومَ القبض فالقولُ للبائع، لأنه ينكر زيادةَ السقوط بعد اتفاقهما على الثمن، وأيُّهما أقام البينةَ قُبلَت، وإن أقاما فبينةُ البائع لأنها أكثرُ إثباتاً، لأنها تُثبتُ الزيادةَ في قيمة الهالك.

قال: (**وإن اختلَفا في الإجارَةِ قَبلَ استيفاءِ شيءٍ من المَنفَعَةِ في البَدَلِ أو في المُبدَلِ يتَحالَفانِ ويَتَرادّانِ**) لأن الإجارةَ قبل استيفاء المنفعةِ نظيرُ البيع قبل القبض، فإن اختلفا في الأجرة بُدِئَ بيمين المستأجِر لأنه منكِرٌ، فإن اختلفا في المنفعة بُدىءَ بيمين المؤجِّر، وأيُّهما أقام البينةَ قُبلت، وإن أقاما فبينةُ المستأجِر إن كان الاختلافُ في المنفعة، وإن كان في الأجرة فبينةُ الآجِر، وإن كان فيهما قَضَى بالبينتين، كما إذا قال أحدُهما: شهراً بعشرةٍ، والآخرُ: شهرين بخمسةٍ، يقضي بشهرين بعشرةٍ.

(**وإنِ اختلَفا بعد استِيفاءِ جمِيعِ المَنْفَعَةِ لم يتَحالفَا**) بالإجماع.

(**والقولُ للمُستأجِرِ**) لأنه منكِرٌ، وهٰذا على قولهما ظاهرٌ. وأما على قول محمد فهو إنما يُفسَخُ في الهالك ليردَّ القيمةَ، والهالك ها هنا

وإن اختَلَفا بعد استيفاءِ بعضِ المَنافِعِ يتَحالفانِ، ويُفْسَخُ العَقْدُ فيما بقي، والقَولُ فيما مَضَى قَولُ المُستأجِرِ. وإنِ اختَلفا بعدَ الإقالةِ تَحالَفا وعادَ البَيعُ.

لا قيمةَ له على تقدير الفسخ، لأن المنافعَ لا تتقوَّمُ بنفسها بل بالعقد، فلو تحالفا وفُسِخ العقدُ تبين أن لا عقدَ فيرجع على موضوعِه بالنقض.

(**وإن اختَلَفا بعد استيفاءِ بعضِ المَنافِعِ يتَحالفانِ، ويُفْسَخُ العَقْدُ فيما بقي، والقَولُ فيما مَضَى قَولُ المُستَأجِرِ**) لأن الإجارةَ عندنا تنعقدُ شيئاً فشيئاً، فما مضى صارَ كالهالك، وما بقي لم ينعقد، بخلاف البيع فإنه ينعقدُ جملةً واحدةً.

قال: (**وإنِ اختَلفا بعدَ الإقالةِ تَحالَفا وعادَ البَيعُ**) ومعناه: اختلفا قبلَ القبض، أما إذا قَبَضَ البائعُ المبيعَ بعدَ الإقالة ثم اختلفا، لم يتحالفا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف، خلافاً لمحمد، وهٰذا على قول من يقول: إن الإقالة بيعٌ لا إشكالَ، إنما الإشكال على أنها فسخٌ، إلا أنا نقول: إنما أثبتنا التحالف فيها قبل القبض، لأن القياس يوافقُه، لأن البائعَ يدَّعي زيادةَ الثمن، والمشتري ينكرُه، والمشتري يدَّعي وجوبَ تسليم المبيع بما نقد والبائعُ ينكره، فكلُّ واحدٍ منهما منكِرٌ فيحلف، فكان التحالفُ على مقتضى القياس قبلَ القبض، فأثبتنا التحالف قبلَ القبض بالقياس لا بالنصِّ، ولا كذٰلك بعد القبض، فإنه على خلافِ القياس، لأن المبيع يسلَّم للمشتري، فلا يدّعي شيئاً فلا يكون البائعُ منكِراً.

وإن اختلَفا في المَهرِ فأيُّهما أقامَ البيِّنَةَ قُبلَت، وإن أقاما فَبيِّنَةُ المَرأةِ، وإن لم يكُن لهما بيِّنَةٌ تَحالَفا فأيهما نَكَلَ قُضِيَ عليه، وإذا تحالفا يُحكَّمُ مَهْرُ المِثْلِ، فإن كان مثلَ ما قالت أو أكثَرَ قُضِيَ بقولها، وإن كانَ مِثلَ ما قال أو أقَلَّ قُضِيَ بِقولِه، وإن كانَ أقَلَّ ممَّا قالت وأكثَرَ ممَّا قال قُضِيَ بِمَهرِ المِثلِ.

قال: (وإن اختلَفا في المَهرِ، فأيُّهما أقامَ البيِّنَةَ قُبلَت، وإن أقاما فَبيِّنَةُ المَرأةِ) لأنها أكثرُ إثباتاً.

(وإن لم يكُن لهما بيِّنَةٌ تَحالَفا، فأيهُما نَكَلَ قُضِيَ عليه، وإذا تحالفا) لا يُفسخُ النكاحُ، لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وذلك لا يمنعُ صحةَ النكاح، بدليل صحتِه بدون التسمية، بخلاف البيع على ما عُرف، لكن (يُحكَّمُ مَهْرُ المِثْل، فإن كان مثلَ ما قالت أو أكثَرَ قُضِيَ بقَولها) لأن الظاهر شاهدٌ لها.

(وإن كانَ مِثلَ ما قال أو أقَلَّ قُضِيَ بِقولِه، وإن كانَ أقَلَّ ممَّا قالت وأكثَرَ ممَّا قال قُضِيَ بِمَهرِ المِثلِ) لأنه لم تثبت الزيادةُ على مهرِ المِثل نظراً إلى يمينِه، ولا الحَطيطةُ منه نظراً إلى يمينِها، فإذا سقطت التسميةُ بالتحالف اعتُبر مهرُ المثل، كما إذا لم توجد التسميةُ حقيقةً، ويُبدأ بيمين الزوج كما في المشتري لأنه منكِرٌ، وإن طلَّقها قبل الدخول بها ثم اختلفا، فالقولُ قولُه في نصف المهر. وذكر في «الجامع الكبير»: يُحَكَّم متعةُ مثلِها وهو قياسُ قولهما. وقال أبو يوسف: القولُ قول الزوج قبلَ الطلاق وبعدَه، إلا أن يأتي بشيءٍ يسيرٍ يكذِّبُه الظاهر، وهو ما لا يصحُّ مهراً لها، وقيل: ما دون العشرةِ، والأوّلُ أحسنُ. ولهما:

وإنِ اختلَفا في مَتاعِ البيتِ فما يَصلُحُ للنِّساءِ فللْمَرأةِ، وما يَصلُحُ للرّجالِ فللرَّجُلِ. وإن ماتَ أحدُهُما واختَلَفَتْ وَرَثَتُه مع الآخرِ، فما يَصلُحُ لهما فَللباقِي، ....

أن الظاهرَ يشهدُ لمن يشهدُ له مهرُ المِثل نظراً إلى المُعتاد وإلى إنكار الأولياء وتعبيرهم بدون ذٰلك، والقولُ في الدَّعوى قولُ من يشهدُ له الظاهر فيُصار إليه.

قال: (**وإنِ اختلَفا في مَتاعِ البَيتِ فما يَصلُحُ لِلنِّساءِ**) كالمِقنعةِ[1] والدُّولابِ وأشباهِه (**فللْمَرأةِ**) بشهادةِ الظاهر.

(**وما يَصلُحُ للرّجالِ**) كالعِمامةِ والقَلَنْسُوةِ ونحوه (**فللرَّجُلِ**). وما يصلُح لهما، كالأواني والبُسُط ونحوها فللرجل أيضاً، لأن المرأةَ والبيتَ في يد الرجل، وكانت اليدُ شاهدةً بالملك، لأن الملكَ باليد إلا أنه عارضَه ما هو أقوى منه، وهو ما يختصُّ بها.

(**وإن ماتَ أحدُهُما واختَلَفَتْ وَرَثَتُه مع الآخرِ، فما يَصلُحُ لهما فَللباقِي**) لأن اليدَ للحيِّ لا للميت. وكذلك قال محمد، إلا أنه قال: ما يصلحُ لهما لِوَرَثَة الزوج بعد موتِه لقيامهم مقامَه، وسواءٌ اختلفوا حالةَ قيام النكاح أو بعدَ الفُرقة. وقال أبو يوسف: يَدفعُ إلى المرأة ما يجهَّزُ به مثلُها، والباقي للزوج مع يمينِه، لأن الظاهر أنها تأتي بالجهاز، وهٰذا أقوى من ظاهر الزوج فيُبطِلُه، وما وراءَه لا يعارض[2] ليدِ

---

(١) المِقْنعة، بكسر الميم، ما تغطي به المرأة رأسها.

(٢) في (س): لا معارض، والمثبت من (م).

وإن اختَلَفَا في قَدْرِ الكتابةِ لم يَتَحالَفا .

فصل

. . . .

الزوج، فيكون له، والطلاقُ والموتُ سواءٌ، لأن الورثة تقوم[1] مقامه، وإن كان أحدُ الزوجين مملوكاً فالكلُّ للحُرِّ حالةَ الحياة، لأن يده أقوى، وللحيِّ بعدَ الموت لأنه لا معارضَ ليده. وقال أبو يوسف ومحمد: المأذونُ والمكاتَبُ بمنزلة الحُرِّ لأن لهما يداً في الخصومات وغيرها.

قال: (**وإن اختَلَفَا في قَدْرِ الكتابةِ لم يَتَحالَفا**) وقالا: يتحالفان وتُفسَخُ الكتابة لأنه عقدُ معاوضةٍ، والمولى يدَّعي بَدَلاً زائداً، والمكاتَب ينكِرُ، والمكاتبُ يدَّعي استحقاق العِتق عند أداء ما يدَّعيه من القَدْر، والمولى ينكِرُ، فيتحالفان كالبيع. ولأبي حنيفةَ: أن البَدَل مقابل في الحال بفَكِّ الحَجَر، وهو سالم للعبد، وإنما يصيرُ مقابِلاً للعتق عند الأداء، فكان اختلافاً في قَدْر البدل لا غير، فلا يتحالفان، ويكون القولُ للمكاتَب لأنه منكِرٌ للزيادة.

فصل في دعوى النَّسَب

اعلم أن الدَّعوى ثلاثةٌ: دعوةُ استيلادٍ، ودعوةُ تحريرٍ: وهي دعوة المُلْكِ، ودعوةُ شُبهة الملكِ.

---

(١) لفظة: «تقوم» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

فالأُولى: أن يدَّعي نسبَ ولدٍ عَلِقَ في ملكِه يقيناً، كما إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر، ويصحُّ في المِلكِ وغيرِ الملك كما إذا باعه، ويستندُ إلى وقت العُلُوق احتيالاً لثبوت النسب تصحيحاً لدعواه، ويوجِبُ فسخَ ما جرى من العقود، كبيعِه أمَّ الولد إن كان الولدُ محلاًّ للنسب، ويُجعل معترفاً بالوَطْءِ من وقت العُلُوق، وأُموميَّةُ الولد تتبعُ النسب، لأن المقصود ثبوتُ النسب لا أموميةُ الولد، وهي تَبَعٌ له، ألا ترى أنها تُضاف إليه فيقال: أمُّ ولده، وتستفيد العِتقَ من جهتِه، قال عليه السلام: «أعتَقَها ولدُها»[1]، ولهٰذا تثبتُ له حقيقةُ الحرية، ولها حقُّ الحرية.

والثانية: أن يدعي نسَبَ ولدٍ عَلِقَ في غير مُلكِه، فيصح في الملكِ خاصةً، ولا يجبُ فسخُ العقدِ، ويُعتَقُ إن أمكن وإلا فلا.

والثالثة: أن يدَّعي ولدَ جاريةِ ولدِه، فيصحُّ بناءً على ولايتِه على ولدِه من وقت العُلُوق إلى وقت الدعوة، لأن شَرْطَ صحةِ هٰذه الدعوة قيامُ وِلايةِ تملُّكِ الجاريةِ من وقت العُلُوق إلى وقت الدعوة، لأنه يتملَّكُها بالاستيلاد مقتضى للوطءِ السابق، ثم الأُولى أولى لأنها تستند إلى وقت العُلوقِ، والثانية تقتصرُ على الحال، والثانية أولى من

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس ابن ماجه (٢٥١٦)، و الدارقطني ٤/ ١٣١ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ من طريق حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: ذُكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ، فقال: «أعتقها ولدُها» وإسناده ضعيف لضعف الحسين بن عبد الله.

ولو باعَ جارِيَةً فوَلَدَتْ لأقَلَّ من سِتَّةِ أشهُرٍ فادَّعاهُ فهو ابنُه وهي أُمُّ وَلَدٍ، ويُفسَخُ البيْعُ ويَرُدُّ الثَّمَنَ (سم)، ولا تُقبَل دَعوَةُ المُشتَري معه، فإن ماتَ الوَلدُ ثُمَّ ادَّعاهُ لا يَثبُتُ الاستيِلاد فيها، وإن ماتَت الأُمُّ ثُمَّ ادَّعاهُ ثَبَتَ نَسَبُه،

الثالثة، لأن التحرير متى صحَّ من الابن بطَلَتْ ولايةُ الأب للتمليك لفَوَات الشرطِ.

جئنا إلى مسائل الكتاب:

قال: (**ولو باعَ جارِيَةً فوَلَدَتْ لأقَلَّ من سِتَّةِ أشهُرٍ فادَّعاهُ، فهو ابنُه وهي أُمُّ وَلَدٍ**[1]، **ويُفسَخُ البيعُ ويَرُدُّ الثَّمَنَ**) وهذا استحسانٌ، والقياس أنَّ دعواه باطلةٌ لوجود التناقض، لأن بيعَه دليلُ عبودية الولد. ووجه الاستحسان أن العُلُوق حَصَل في ملكِه يقيناً، والظاهرُ عدمُ الزنى فيكون منه، ومبنَى العُلوق على الخفاء، فلا تناقضَ، فصحَّت دعواه، فيُستندُ إلى وقت العُلوق، ويُفسخُ البيع لما بينا، ويَرُدُّ الثمنَ لأنه مقتضى فسخِ البيع.

(**ولا تُقبَل دَعوَةُ المُشتَري معه**) لسَبْقها، لأنها تستندُ إلى وقتِ العُلوق ولا كذلك دعوةُ المشتري.

قال: (**فإن ماتَ الوَلدُ ثُمَّ ادَّعاهُ**) يعني البائع (**لا يَثبُتُ الاستيِلاد فيها، وإن ماتَت الأُمُّ**[2] **ثم ادَّعاهُ ثَبَتَ نَسَبُه**) لما تقدّم أن أُموميَّة الولد تَبَعٌ للنسب.

---

(١) في (م): ولده، والمثبت من (س).

(٢) لفظة: «الأم» سقطت من (س)، وهي مثبتة في (م).

ويَرُدُّ كُلَّ الثَّمَن، وإن جاءَت به ما بَينَ سِتَّة أشهُرٍ إلى سَنتَين، فإن صَدَّقَه المُشتَرِي ثَبَتَ النَّسَبُ وفُسِخَ البَيعُ وإلاَّ فلا، ....

قال: (**ويَرُدُّ كُلَّ الثَّمَن**) وقالا: يردُّ حِصَّة الولد خاصةً، بناء على أن أمَّ الولد غيرُ متقوّمة في العقد والغصبِ عنده، وعندهما: متقوّمة فيضمنُها، وكذا لو ادّعاه بعد ما أعتَقَه المشتري لا يصحُّ، وبعدَ إعتاقها يصحُّ، لأن الامتناعَ في الأمّ لا يوجبُ الامتناعَ في الولد، كولد المغرور المستولَدِ بالنكاح، ولا كذٰلك بالعكس، وإذا صحَّت الدعوى بعد إعتاقِها ثبتَ النسبُ وفُسخَ العقدُ، ويَرُدُّ الثمنَ على ما مرّ، وإنما كان إعتاقُ الولد مانعاً لأن العتقَ لا يحتمل النقضَ كحقِّ استلحاق النسب فاستويا، ولأن الثابت من المشتري حقيقةُ الإعتاق، والثابتَ للبائع حقُّ الدعوة في الولد، وفي الأمّ حقُّ الحرية، فلا يعارِض الحقيقةَ، فعلى هٰذا لو ادّعاه المشتري أوّلاً لا تصحُّ دعوة البائع بعدَه، لأن دعوة المشتري دعوةُ تحريرٍ، فصار كما إذا أعتقه، والتدبيرُ كالعِتق لأنه لا يحتمل النقضَ.

قال: (**وإن جاءَت به ما بَيْنَ سِتَّة أشهُرٍ إلى سَنتَين، فإن صَدَّقَه المُشتَرِي ثَبَتَ النَّسَبُ وفُسِخَ البَيعُ وإلاَّ فلا**) لاحتمال العُلوق في ملكِه فلم يوجد اليقينُ فيتوقف على تصديق المشتري، فإذا صدَّقه ثبَتَ النسبُ، لأن الحقَّ لهما، فيثبتُ بتصادُقهما إذا أمكن، والولد حرٌّ والجارية أمُّ ولدٍ كما مرّ، وإذا ادّعياه فدعوةُ المشتري أولى لقيام ملكِه واحتمالِ العُلوق فيه.

وإن جاءَت به لأكثرَ من سَنَتَين لا تَصحُّ دَعوَةُ البائِعِ، ولا يُفسَخُ البيعُ، ولا يُعْتَقُ الولَدُ، ولا تَصيرُ أُمَّ وَلَدٍ، ومَنِ ادَّعى نَسَبَ أحدِ التَّوأمَين ثَبَتَ نَسَبُهما.

قال: (**وإن جاءَت به لأكثرَ من سَنَتَين لا تَصحُّ دَعوَةُ البائِعِ**) للتيقُّن بعدم العُلوق في ملكه، لكن إذا صدَّقه المشتري ثبت النسبُ، ويُحمل على الاستيلادِ بالنكاح بتصادُقِهما، حملاً لأمرِه على الصلاح.

(**ولا يُفسَخُ البيعُ ولا يُعْتَقُ الولَدُ ولا تَصيرُ أُمَّ وَلَدٍ**) ووجهه ظاهرٌ، وإن لم تعلم مدّةَ الولادة بعد البيع لا تصحُّ دعوةُ البائع إلا بتصديق المشتري، لوقوع الشَّكُ في وقت العُلوق، وتصحُّ دعوةُ المشتري لأنه ينكر فسْخَ البيع، ولا حُجَّةَ للبائع. وإن ادَّعياه لا تصحُّ واحدةٌ منهما للشكِّ. والمسلمُ والذميُّ والحرُّ والمكاتَب في ذٰلك سواء.

وإن ادّعى البائعُ قبلَ الولادةِ فهو موقوفٌ، فإن وُلِد حيّاً صحت وإلا فلا. ولو اشتراها حُبْلى ثم باعها لا تصحُّ دعوتُه، وإن اختلفا فالقولُ للبائع لأنه المتمكنُ من وَطْئِها.

وإن حَبلت أَمَةٌ في ملك رجلٍ، فباعها وتداولَتْها الأيدي، ثم رَجَعت إلى الأوّل فوَلَدَت في يدِه فادّعاه ثبَتَ نسبُه منه، وبطلت البيوعُ كلُّها، وتراجعوا الأثمانَ لما بينا، ولو لم يكن أصلُ الحمل عندَه لم تبطل العقودُ.

قال: (**ومَنِ ادَّعى نَسَبَ أحدِ التَّوأمَين ثَبَتَ نَسَبُهما**) لأنهما خُلِقا من ماءٍ واحد، لأنه اسمٌ لوَلَدَين وُلِدا ليس بينهما ستةُ أشهرٍ فاستحال

. . . .

انعلاق[1] الثاني من ماءٍ آخرَ، فإذا ثبَتَ نسبُ أحدِهما ثبَتَ نسبُ الآخر، ويبطُلُ ما جرى فيه من العقود من بيعٍ وعتقٍ وغير ذٰلك.

فصل

كلُّ قولَين متناقضَين صَدَرَا من المدَّعِي عند الحاكم، إن أمكن التوفيقُ بينهما قُبلت الدعوى صيانةً لكلامه عن اللغو، نظراً إلى عقلِه ودِينه، وإن تعذَّر التوفيق بينهما لم تُقبل، كما إذا صَدَر من الشهود. وكلُّ ما أَثَّرَ في قَدْح الشهادة أَثَّرَ في منع استماع الدَّعوى. قال أبو حنيفة: إذا قال المدّعي: ليس لي بينةٌ على دعوى هٰذا الحقِّ، ثم أقام البينةَ عليه لم تُقبل، لأنه أكذَبَ بيِّنتَه، وعن محمد أنها تقبلُ لأنه يجوز أنه نَسِيها، ولو قال: ليس لي على فلانٍ شهادةٌ، ثم شهد له لم تُقبل، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تُقبل شهادتُه لاحتمال النسيان أيضاً. وروى ابن رُسْتُم عن محمد: إذا قال: لا شهادةَ لفلانٍ عندي في حقٍّ بعينِه، ثم جاء وشهدَ له قُبلت، لأنه يقول: نسيتُ، ولو قال: لا أعلمُ لي حقاً، أو لا أعلمُ لي حجَةً، ثم ادّعى حقاً أو جاء بحُجة قُبلت، ولو قال: ليس لي حقٌّ، لا تُقبل، ولو قال: ليس لي حجةٌ، قُبلت بينتُه، لاحتمال الخفاء في البينة دون الحقِّ.

وروى ابنُ سَمَاعةَ عن محمد: قال هٰذه الدارُ ليست لي، ثم أقامَ البينةَ أنها له، قُضي له بها لأنه لم يُثبت بذٰلك حقاً لأحد فكان ساقطاً،

---

(١) في (م): العلوق، والمثبت من (س).

....

ألا ترى أن المُلاعِنَ إذا ادّعى نسبَ الولد صحَّ لما أنه لم يثبت النسبُ من غيره باللعان؟. روى[1] هشام عن محمد: لو قال: لاحقَّ لي بالرِّيِّ في دارٍ ولا أرضٍ، ثم أقام البينةَ على ذٰلك في يدِ إنسانٍ بالرِّيِّ قُبلت، ولو عيَّن فقال: لا حقَّ لي بالرِّيِّ في رُسْتَاقِ[2] كذا في يد فلان، ثم أقام البينةَ لم تُقبل إلا أن تقوم البينةُ أنه أخذَه منه بعد الإقرار، ولو قال لرجل: ادفع إليَّ هٰذه الدارَ أسكُنْها، أو هٰذا الثوبَ ألبَسْه، ونحوَ ذٰلك، فأبى ثم ادَّعى السائلُ ذٰلك، لأنه يقول: إنما طلبتُها بطريق الملكِ لا بالعاريَّة.

وفي «الفتاوى»: باع عَقَاراً، وابنُه أو زوجتُه حاضرٌ، وتصرَّف المشتري فيه، ثم ادّعى الابنُ أنه مَلَكه ولم يكن لأبيه: اتفَقَ مشايخُنا أنه لا تُسمَع مثلُ هٰذه الدعوى، وهو تلبيسٌ مَحْضٌ، وحضورُه عند البيع وترْكُ المنازعة إقرارٌ منه أنه مِلْكُ البائع، وجُعل سكوتُه في هٰذه الحالة كالإفصاح بالإقرار قطعاً للأطماع الفاسدةِ لأهلِ العصر في الإضرار بالناس.

ولو باع ضَيْعةً ثم ادّعى أنها كانت وَقْفاً عليه وعلى أولاده، لا تُسمع للتناقض، لأن الإقدام على البيع إقرارٌ بالملك، وليس له تحليفُ المدَّعَى عليه، ولو أقام البينةَ، قيل: تُقبل، لأن الشهادةَ على الوقف تُقبل من غير دعوى ويُنقض البيع، وقيل: لا تُقبل هاهنا لأنها تُثبتُ

---

(١) لفظة «روى» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) الرُّستاق: البستان والسطر من النخيل، والسواد، فارسي معرَّب.

. . . .

فسادَ البيع وحقاً لنفسه فلا تُسمع للتناقض، ولو ردَّ الجارية بعيبٍ فأنكرَ البائعُ البيعَ فأقام المشتري البينةَ على الشراء وأقام البائع البينةَ أنه قد بَرِأ إليه من العيب لم تُقبل، لأن جُحودَه البيعَ إنكارٌ للبراءة فيكون مكذِّباً شهودَه، ولو أنكَرَ النكاحَ ثم ادّعاه قُبلت بينتُه على ذٰلك، وفي البيع لا تُقبلُ، لأن البيع انفسَخَ بالإنكار، والنكاحُ لا، ألا ترى أنه لو ادَّعى تزويجاً على ألفٍ فأنكرتْ فأقامت البينةَ على ألفين قُبلت، ولا يكون إنكارُها تكذيباً للشهود؟ وفي البيع لا تقبلُ ويكون تكذيباً للشهود.

❑ ❑ ❑

كتاب الإقرار

. . . .

كتاب الإقرار

وهو في الأصل: التسكينُ والإثبات، والقَرَار: السكونُ والثبات، يقال: قَرَّ فلانٌ بالمنزل إذا سكَنَ وثَبَتَ، وقررتُ عندَه كذا، أي: أثبتُّه عندَه، وقرارُ الوادي: مُطْمَئَنُّه الذي يثبُتُ فيه الماء، ويقال: استَقَرَّ الأمرُ على كذا، أي: ثَبَتَ عليه، وسُمِّيت أيامُ مِنى أيامَ القَرِّ لأنهم يَثْبُتون بها ويَسْكُنون عن سَفَرِهم وحركتِهم هٰذه الأيام، ومنه الدعاء: أقرَّ الله عينَه، إذا أعطاه ما يكفيه؛ فسكنت نفسُه ولا تطمَحُ إلى شيءٍ آخرَ.

وفي الشرع: اعترافٌ صادرٌ من المُقِرِّ يَظهرُ به حقٌّ ثابتٌ؛ فيسكُنُ قلبُ المُقَرِّ له إلى ذٰلك.

وهو حُجةٌ شرعية، دلَّ على ذٰلك الكتابُ والسُّنةُ والإجماعُ وضربٌ من المعقول.

أما الكتاب، قوله تعالى: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥]، والشهادةُ على النفس إقرارٌ، فلولا أنّ الإقرار حجةٌ لما أمَرَ به، وقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وأنه إقرارٌ على نفسِه.

. . . .

والسُّنَّـة، قولُـه عليه السلامُ في حديث العَسِيفِ[1]: «واغْـدُ أنتَ يـا أُنَيْسُ إلى امرأةِ هٰذا، فإن اعترفَتْ فارجُمْها»[2]، ورَجَم ﷺ ماعزاً والغامِدِيَّةَ بالإقرار[3].

وعليه الإجماعُ، ولأنه خبرٌ صَدَرَ عن صِدْقٍ لعدم التهمةِ، إذ المالُ محبوبٌ طبعاً، فلا يكذبُ في الإقرار به لغيره، وهو حجةٌ مظهِرةٌ للحقِّ ملزِمةٌ للحال، حتى لو أقرّ بدَينٍ أو عينٍ على أنه بالخِيار ثلاثةَ أيامٍ لزمَ

---

(١) العسيف: الأجير.

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني البخاري (٢٣١٤) و(٢٣١٥) و(٢٦٩٥) و(٢٦٩٦)، ومسلم (١٦٩٧) و(١٦٩٨)، وهو في «المسند» (١٧٠٣٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٤٣٧). وانظر تمام تخريجه فيهما.

وانظر حديث أبي هريرة في «المسند» (٩٨٤٦).

(٣) أخرجه من حديث بريدة مسلم (١٦٩٥)، وهو في «المسند» (٢٢٩٤٢) و(٢٢٩٤٩).

وأخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٦٨٢٤)، وهو في «المسند» (٢١٢٩) بقصة إقرار ماعز دون إقرار الغامدية.

وعلق البخاري قبل الحديث رقم (٧١٧٠) من كتاب الأحكام باب الشهادة تكون عند الحاكم في ولايته القضاء أو قبل ذٰلك، للخصم. قال عمر: لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله، لكتبت آية الرجم بيدي، وأقر ماعز عند النبي ﷺ بالزنى أربعاً فأمر برجمه...

وقصة رجم ماعز بن مالك الأسلمي رواها غير واحد من أصحاب النبي ﷺ انظر أحاديثهم في تخريج حديث أبي سعيد الخدري في «المسند» (١٠٩٨٨).

وهو حُجَّةٌ على المُقِرِّ إذا كان عاقِلاً بالِغاً إذا أقَرَّ لِمَعلُوم، وسَوَاءٌ أقَرَّ بمَعلُومٍ أو مَجهُولٍ ويُبيِّنُ المَجهُولَ، ....

المالُ وبطَلَ الخيارُ وإن صدَّقه المُقَرُّ له في الخيار، لأن الخيار للفَسْخ، وهو لا يحتمل الفسخَ لأنه إخبارٌ، والفسخ يرُدُّ على العقود، ولأن حُكمَه ظهورُ الحقِّ وهو لا يحتمل الفسخَ.

وشرطُه كونُ المُقَرِّ به مما يجبُ تسليمُه إلى المُقَرِّ له، حتى لو أقَرَّ بكفِّ ترابٍ أو حبةِ حنطةٍ لا يصحُّ.

وحكمُه ظهورُ المقَرِّ به، لأنه إخبارٌ عن كائن سابقٍ، حتى لو أقَرَّ لغيره بمالٍ والمُقَرُّ له يعلم كَذِبَه لا يحلُّ له أخذُه على كُرْهٍ منه، إلا أن يعطيَه بطِيبةِ نفسٍ منه، فحينئذٍ يكون تمليكاً مبتدأً كالهبة.

قال: (**وهو حُجَّةٌ على المُقِرِّ إذا كان عاقِلاً بالِغاً**) ويصحّ إقرارُ العبد في بعض الأشياء على ما مرَّ في الحَجْر.

قال: (**إذا أقرَّ لمعلوم**) لأن فائدةَ الإقرار ثبوتُ المِلكِ للمقَرِّ له، ولا يمكن إثباتُه لمجهولٍ.

قال: (**وسَوَاءٌ أقَرَّ بمَعلُومٍ أو مَجهُولٍ، ويُبيِّنُ المَجهُولَ**) أما المعلومُ فظاهر، وأما المجهولُ فلأنه قد يكون عليه حقٌّ ولا يدري كمِّيتَه، كغرامةِ مُتْلَفٍ لا يدري كم قيمتُه، أو أرْشُ جِراحةٍ، أو باقي دَين أو معاملةٍ، أو كان يعلَمُه ثم نسيَ، والجهالةُ لا تمنعُ صحةَ الإقرار، لأنه إخبارٌ عن ثبوت الحقِّ، والبيانُ عليه، كما إذا أعتَقَ أحدَ عبدَيه فيبيِّنُه، إما بنفسِه أو بالجَبْر من القاضي إيصالاً للحقِّ إلى المُستحِقِّ، بخلاف

فإن قال له : عَلَيَّ شيءٌ أو حَقٌّ لَزِمَه أن يُبَيِّنَ ما له قيمَةٌ ، فإن كَذَّبه المُقَرُّ له فيما بَيَّنَ فالقولُ لِلمُقِرّ مع يَمِينِه ، وإن أقرَّ بمالٍ لم يُصَدَّقْ في أَقَلَّ من دِرهَمٍ ، وإن قال : مالٌ عَظِيمٌ فهو نِصَابٌ من الجِنسِ الذي ذَكَرَ ، . . . .

جهالة المقَرِّ له على ما بينا ، وبخلاف الشهودِ لأنه لا حاجةَ بهم إلى أداءِ الشهادة ، والمُقِرُّ : له[1] حاجةٌ لخلاص ذِمَّتِه ، ولأن الشهادة تُبتَنَى على الدعوى ، والدعوى بالمجهول لا تُقبل ، ولأنها لا توجِبُ الحقَّ إلا بانضمام القضاءِ إليها ، والقضاءُ بالمجهول غيرُ ممكنٍ ، والإقرارُ موجِبٌ بنفسه ، ولهٰذا لا يعملُ الرجوعُ فيه ويعملُ في الشهادة قبل القضاء بها .

قال : (**فإن قال له : عَلَيَّ شيءٌ أو حَقٌّ لَزِمَه أن يُبَيِّنَ ما له قيمَةٌ**) لأنه أقرَّ بالوجوب في ذِمَّتِه لأنها محل الوجوب ، وما لا قيمةَ له لا يجبُ فيها .

(**فإن كَذَّبه المُقَرُّ له فيما بَيَّنَ ، فالقولُ لِلمُقِرّ مع يَمِينِه**) لأنه منكِرٌ للزيادة .

قال : (**وإن أقَرَّ بِمالٍ لم يُصَدَّقْ في أَقَلَّ من دِرهَمٍ**) لأن ما دون ذٰلك لا يُعدُّ مالاً عُرْفاً .

(**وإن قال : مالٌ عَظِيمٌ فهو نِصَابٌ من الجِنسِ الذي ذَكَرَ**) معناه إن ذكر الدراهمَ فَمِئَتا درهمٍ ، ومن الذهب عشرون مثقالاً ، ومن الغنم أربعون شاةً ، ومن البقر ثلاثون بقرةً ، ومن الإبل خمسٌ وعشرون ، لأنه أدنَى نصابٍ يجبُ فيه من جنسِه ، وفي الحنطة خمسةُ أوسُقٍ ، لأنه هو المقدَّر بالنصاب عندهما ، وعن أبي حنيفةَ : أنه يرجعُ إلى بيان المُقِرِّ .

---

(١) في (س) : وللمقرّ له ، والمثبت من (م) .

وقيمَةُ النِّصابِ في غَيرِ مالِ الزَّكاةِ، وإن قال: أموالٌ عظامٌ، فثلاثَةُ نُصُبٍ، وإن قال: درَاهمُ، فثلاثَةٌ، وإن قال: كثيرةٌ، فعَشَرَةٌ، . . . .

(**وقيمَةُ النِّصابِ في غَيرِ مالِ الزَّكاةِ**) لأن النصاب عظيمٌ، لأن مالكَه غنيٌّ، والغنيُّ معظَّمٌ عند الناس. وعن أبي حنيفة أنه مقدَّر بعَشرةِ دراهمَ، لأنها عظيمةٌ، حتى يستباحُ بها الفرجُ وقطعُ اليد، والأوّلُ أصحُّ.

(**وإن قال: أموالٌ عظامٌ، فثلاثَةُ نُصُبٍ**) من النوع الذي سماه، لأنه جَمْعٌ عظيم، وأقلُّه ثلاثة.

(**وإن قال: درَاهمُ، فثلاثَةٌ**) لأنها أقلُّ الجمع فهي متيقنة.

(**وإن قال: كثيرةٌ، فعَشَرَةٌ**) وقالا: مئتان لأن الكثير ما يصيرُ به مكثِراً، وذلك بالنصاب. ولأبي حنيفةَ: أن العَشَرةَ أقصى ما يتناوله اسمُ الجمع بهذا اللفظ، فيكون هو الأكثرُ فينصرف إليه، وفي الدنانير عندهما نصابٌ عشرون مثقالاً، وعنده عشرةٌ أيضاً لما مرّ، وكلُّ ما ذكرنا من التقديرات لو زاد فيها قُبِل لأنه أعرَفُ بما أجمَلَ، ويلزمُه من الدراهم المعتادةِ بالوزن المعتادِ في البلد، وإن كان في البلد أوزانٌ مختلفةٌ أو نقودٌ وجب أقلُّها للتيقُّن.

ولو قال: عليَّ ثيابٌ كثيرةٌ أو وصائفُ[1] كثيرة، يلزمُه عنده عشرةٌ، وعندهما ما يبلغ قيمتُه مِئتَي درهمٍ لما مرَّ.

---

(١) وصائف: جمع وصيفة، وهي الجارية، والوصيف: هو الخادم غلاماً كان أو جارية، والجمع الوُصَفاء.

ولو قالَ: كذا دِرْهماً فَدِرهَمٌ، وكذا كذا أَحَدَ عَشَرَ، ولو ثَلَّثَ فكذلكَ، ولو قال: كذا وكذا فأحَدٌ وعشرُونَ، ولو ثَلَّثَ بالواو تُزَادُ مئةٌ، ولو رَبَّعَ تُزَادُ أَلْفاً، وكذلكَ كُلُّ مَكِيلٍ ومَوزُونٍ، ....

(ولو قالَ: كذا دِرْهماً، فَدِرهَمٌ) لأنه فسَّر ما أبهَمَ، وقيل: يلزمُه عشرون، وهو القياسُ، لأن كذا يُذكَر للعدد عُرْفاً، وأقلُّ عدد غير مركّبٍ يُذكَر بعدَه الدرهمُ بالنّصْبِ: عشرون.

(وكذا كذا، أَحَدَ عَشَرَ) درهماً، لأنه ذَكَر عددين مبهَمَين ليس بينهما حرفُ العطف، وأقلُّ ذٰلك في المفسَّر أحدَ عَشَرَ درهماً.

(ولو ثَلَّثَ) بغير واوٍ (فكذٰلكَ) لأنه لا نظيرَ له سواه.

(ولو قال: كذا وكذا، فأحَدٌ وعشرُونَ) لأنه نظيرُه من المفسَّر.

(ولو ثَلَّثَ بالواو تُزَادُ مئةٌ، ولو رَبَّعَ تُزَادُ أَلْفاً) اعتباراً بالنظير من المفسَّر.

(وكذلكَ كُلُّ مَكِيلٍ ومَوزُونٍ) وهٰذا كلُّه إذا ذَكَر الدرهمَ بالنَّصْبِ، وإن ذكره بالخَفْضِ بأن قال: كذا درهمٍ، عن محمد: مئةُ درهمٍ، لأن أقلَّ عددٍ يُذْكرُ الدرهمُ عَقِيبَه بالخفض مئةٌ، وإن قال: كذا كذا درهم يلزمه مِئتان[1]، ولو قال: كذا وكذا ديناراً أو درهماً، فعليه أحدَ عشَرَ منهما بالسَّويّة عملاً بالشَّركة، ولو قال: عشرةٌ ونيِّفٌ، فالبيان في النَّيِّف إليه، ويُقبل تفسيرُه في أقلَّ من درهم، لأنه عبارة عن مُطلَقِ الزيادة،

---

(١) في (م): مئتا درهم، والمثبت من (س).

ولو قال: عليَّ مئةٌ ودِرْهَمٌ فالكُلُّ درَاهِمُ، وكذا كُلُّ ما يُكالُ ويُوزَنُ، ولو قال: مئةٌ وثوبٌ يَلزَمُه ثَوبٌ واحدٌ، وتَفسيرُ المئةِ إليه. وكذَلكَ لو قال: مئةٌ وثَوبانِ، ولو قالَ: مئةٌ وثَلاثةُ أثوَابٍ، فالكُلُّ ثيابٌ (ف)، وإن قال: له عَلَيَّ أو قِبَلي، فهو دَينٌ، ....

يقال: نيفٌ على الستين إذا زاد عليها، ولو قال: عليَّ بِضْعةٌ وعشرون، فالبِضْعُ ثلاثةٌ فصاعداً.

(**ولو قال: علَيَّ مئةٌ ودِرْهَمٌ، فالكُلُّ درَاهِمُ، وكذا كُلُّ ما يُكالُ ويُوزَنُ، ولو قال: مئةٌ وثوبٌ يَلزَمُه ثَوبٌ واحدٌ، وتَفسيرُ المئةِ إليه**) وهو القياسُ في الدراهمِ، لأن المئة مبهمةٌ، والدرهمُ لا يصلح تفسيراً، لأنه معطوفٌ عليها، والتفسيرُ لا يُذكَر بحرف العطف. وجه الاستحسان وهو الفرقُ أنهم استَثقَلوا عند كثرة الاستعمال، والوجوبُ التكرارُ في كلِّ عدد، واكتفَوا به مرّةً واحدةً عَقِيب العددين، وذلك في الدراهمِ والدنانير والمَكيل والموزون. أما الثيابُ وما لا يُكال ولا يوزَن، بقي على الأصل، لأنه لا يكثُر وجوبُها.

(**وكذَلكَ لو قال: مئةٌ وثَوبانِ**) لما بينا.

(**ولو قالَ: مئةٌ وثَلاثةُ أثوَابٍ، فالكُلُّ ثيابٌ**) لأنه ذُكِر عَقِيب العددين ما يصلُح تفسيراً لهما وهو الثيابُ، لأنه ذَكَرها بغير عاطف، فانصرف إليهما لاستوائِهما في الحاجة إلى التفسير. وكذلك الإقرارُ بالغَصْبِ في جميع ما ذكرنا من الصور.

قال: (**وإن قال: له عَلَيَّ أو قِبَلي، فهو دَينٌ**) لأنه مستعمَلٌ للإيجاب

وعندي ومَعي وفي بَيتي، أمانَةٌ، ولو قال له آخَرُ: لي عَلَيكَ ألفٌ، فقالَ: اتَّزِنْها أو انتَقِدْها أو أجِّلني بها أو قضَيتُكَها أو أجَّلتُكَ بها، فهو إقرَارٌ، ولو لم يَذكُر هاءَ الكِنايةِ لا يكُونُ إقراراً. . . . .

عُرْفاً، والذمةُ محلُّ الإيجاب فيكون دَيناً، إلا أن يبيِّن موصولاً أنها وديعةٌ لأنه يحتمله مجازاً، فلا يصدَّق إلا بالبيان موصولاً.

(و) لو قال: (**عندي، ومَعي وفي بَيتي**) فهو (**أمانَةٌ**) لأنه يُستعمل في الأمانات، لأنه إقرارٌ بكونه في يدِه، والأمانةُ أدنى من الضمان فيثبُتُ، وكذا في كِيسي، أو صندوقي، وأشباهُه.

(**ولو قال له آخَرُ: لي عَلَيكَ ألفٌ، فقالَ: اتَّزِنْها، أو انتَقِدْها، أو أجِّلْنِي بها، أو قضَيتُكَها، أو أجَّلتُكَ بها، فهو إقرَارٌ**) ولو تصادقا على أنه قاله على وجه السُّخرية لا يلزم، وكذٰلك إذا قال: نعم، أو خذها، أو لم تَحِلَّ بعدُ، أو غداً، أو وَكِّلْ من يقبضُها، أو أجِّلْ بها غَريمَك، أو ليست متيسرةً اليومَ، أو ما أكثر ما تتقاضانِيها، أو غَمَمْتَنِي بها، أو حتى يَقْدَمَ غلامي، أو أبْرَأْتَنِي منها.

(**ولو لم يَذكُر هاءَ الكِنايةِ لا يكُونُ إقراراً**) فالأصل أن الجوابَ ينتظمُ إعادةَ الخطاب ليفيدَ الكلامُ، فكلُّ ما يصلُح جواباً ولا يصلح ابتداءً يُجعل جواباً، وما يصلُح للابتداء لا للبناء، أو يصلُح لهما فإنه يُجعلُ ابتداءً لوقوع الشكّ في كونِه جواباً، فلا يُجعل جواباً لئلا يلزَمُه المال بالشكِّ، فإنَّ ذِكْرَ هاءِ الكناية يصلُحُ جواباً لا ابتداءً، فيكون منتظماً للسؤال، فيصيرُ كأنه قال: اتَّزِنِ الألفَ التي ادَّعيتَها، أو قضيتُك

ومَن أقَرَّ بِدَينٍ مُؤَجَّلٍ وادَّعى المُقَرُّ له أنَّه حالّ استُحلِفَ (ف) على الأجَلِ، ومَن أقَرَّ بِخاتَمٍ لَزِمَه الحَلْقَةُ والفَصُّ، وبسَيفٍ النَّصْلُ والجَفْنُ والحَمائلُ، ومَن أقَرَّ بثوبٍ في مِندِيلٍ لزِماهُ، ....

الألفَ التي لك، وطلبُ التأجيلِ لا يكون إلا لواجبٍ، وكذٰلك القضاءُ، وإذا لم يذكر هاءَ الكناية لا يصلُح جواباً، أو يصلحُ جواباً وابتداءً فلا يُجعل جواباً فلا يكون إقراراً.

قال: (**ومَن أقَرَّ بدَينٍ مُؤَجَّلٍ وادَّعى المُقَرُّ له أنَّه حالّ استُحلِفَ على الأجَلِ**) لأنه أقرَّ بالمال ثم ادّعى حقاً وهو التأجيل، والمُقَرُّ له ينكِرُ فيحلِفُ لأن اليمين على المنكِر.

قال: (**ومَن أقَرَّ بِخاتَمٍ لَزِمَه**[1] **الحَلْقَةُ والفَصُّ**) لأن الاسم يتناولهما عُرفاً.

(و) إن أقرَّ (**بسَيفٍ**) فله (**النَّصْلُ والجَفْنُ والحَمائلُ**) لما قلنا.

قال: (**ومَن أقَرَّ بثوبٍ في مِندِيلٍ**) أو في ثوبٍ (**لزِماهُ**) ومعناه: أقَرَّ بالغَصْب، لأن الثوبَ يُلَفُّ في منديلٍ وفي ثوبٍ آخرَ، فكان ذٰلك ظرفاً له، ولو قال: ثوباً في عشرةِ أثوابٍ لزمه أحدَ عشَرَ ثوباً عند محمد، لأن النفيس من الثياب يُلَفُّ في عشرةٍ وأكثر، وإذا جاز ذٰلك يُحمَل على الظرف. وقال أبو يوسف: لا يلزمُه إلا ثوبٌ واحد لأنه معتاد وإن كان نادراً، والأصلُ براءةُ الذمّةِ فلا يجبُ، ويُحمل على معنى بيّنٍ، كقوله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩].

---

(١) في (س): «فله»، والمثبت من (م).

ومَن أقَرَّ بِخَمسَةٍ في خَمسَةٍ لَزِمَه خَمسَةٌ وإن أرَادَ الضَّربَ، ولو قال: له عَليَّ من دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ، أو ما بَينَ دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ لَزِمَه تسعَةٌ (سم ف)،

قال: (**ومَن أقَرَّ بِخَمسَةٍ في خَمسَةٍ لَزِمَه خَمسَةٌ وإن أرَادَ الضَّربَ**) لأن الضربَ لا يُكثِرُ المال المضروب وإنما يُكثِر الأجزاءَ، وتكثيرُ أجزاء الدرهم لا يوجب تعدُّدَه. وعند زفر: يجبُ خمسةٌ وعشرون لعُرف الحساب.

(**ولو قال: له عَليَّ من دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ، أو ما بَينَ دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ لَزِمَه تسعَةٌ**) وقالا: يلزمُه عشرةٌ. وقال زفر: ثمانية تَسقُط الغايتان ويبقى ما بينهما وهو القياس، كقوله: من هٰذا الحائطِ إلى هٰذا الحائطِ، ليس له شيءٌ من الحائطين. ولهما ـ وهو الاستحسان ـ أن مثل هٰذا الكلامِ يرادُ به الكلَّ، كما يقول لغيره: خُذ من دراهمي من درهمٍ إلى عشرةٍ، فله أن يأخذ عشرةً، وتدخلُ الغايتان، ولأبي حنيفة: أن هٰذا الكلام يُذكر لإرادة الأقلِّ من الأكثر، والأكثرِ من الأقلّ. قال عليه السلام: «أعمار أُمتي ما بين الستِّين إلى السبعين»[1]، والمراد فوقَ الستين ودون السبعين، وكذٰلك في العُرف يقولون: عمري من ستِّين إلى سبعين، أو ما بين ستين إلى سبعين، ويريدون به أكثرَ من ستين وأقلَّ من سبعين، والجميع إنما يرادُ فيما طريقُه التكرُّم والسماحةُ

---

(١) وتمامه: «وأقلهم من يجوز ذٰلك»، خرجه من حديث أبي هريرة ابن ماجه (٤٢٣٦)، والترمذي (٢٣٣١) و(٣٥٥٠)، وهو عند ابن حبان في «صحيحه» (٢٩٨٠). وهو حديث حسن. وانظر تمام تخريجه فيه.

ويجُوزُ الإقرَارُ بالحَملِ وله، إذا بيَّنَ سَبباً صالِحاً (ف) لِلملْكِ.

إظهاراً لهما كما ذكراه من النظير، ولأنه لا بدَّ من دخول الغاية الأولى ليُبْتَنَى الحكمُ عليها، لأنه لولا ثبوتُها يصيرُ ما بعدَها غايةً في الابتداء، فتنتفي أيضاً، فاحتجنا إلى ثُبوت الغايةِ ابتداءً، ولا حاجةَ إلى الأخيرة، بخلاف نظير زفر، لأن الحائط غايةٌ موجودةٌ قبل الإقرار، فلا حاجةَ إلى غيره.

قال: (**ويجُوزُ الإقرَارُ بالحَملِ وله، إذا بيَّنَ سَبباً صالِحاً لِلملْكِ**) أما الإقرارُ به فلأنه يجوز أنه أوصى به آخرَ، والإقرار مظهِرٌ له، فيُحمَل عليه تصحيحاً لإقراره. وأما له، أمَّا إذا ذَكَر سبباً صالحاً كالإرث والوصيَّة صحَّ الإقرارُ لصلاحيَّة السبب، وإن ذَكَر سبباً غيرَ صالحٍ كالبيع منه، والقرضِ، والإجارةِ ونحوها لا يصحُّ للاستحالة، وإن سكَتَ قال محمد: يصحُّ ويُحمَل على الأسباب الصالحةِ تصحيحاً لإقراره. وقال أبو يوسف: لا يصحُّ، لأن مطلَقَ الإقرار ينصرفُ إلى الواجب بالمعاملات عادةً، فلا يصحُّ، والأصلُ براءةُ الذِّمم.

وإذا صحَّ الإقرارُ، فإن وُلد في مدّةٍ يُعلَم وجودُه وقتَ الإقرار لَزِمَ، ولو جاءت بوَلَدَين فهو بينهما، وإن وُلِد ميتاً فالمالُ لمورِّثه ومَن أوصى له، ويكون بين ورثتهما، لأن المال إنما ينتقلُ إلى الجَنين بعد الولادة، ولم ينتقل لعدم الأهليَّة، فبقي على ملكِ المورِّث والموصي فيورَّث عنهما.

فصل

إذا استثنى بَعضَ ما أقَرَّ به مُتَّصلاً صَحَّ ولَزِمَه الباقي، . . . .

فصل

(إذا استثنى بَعضَ ما أقَرَّ به مُتَّصلاً صَحَّ ولَزِمَه الباقي) والأصلُ أن الاستثناء تكلُّمٌ بالباقي بعد الثُّنْيا[1]، والاستثناءُ صحيحٌ، ويجوز استثناءُ الأكثر كما يجوز استثناءُ الأقلِّ، وبكُلِّه ورَدَ النصُّ، قال تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤]، المعنى: لبثَ فيهم تسع مئةٍ وخمسين سنةً، فهٰذا استثناءُ الأقلِّ، وقال تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَـٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ﴾ [الحِجْر: ٤٢]، وهٰذا استثناءُ الأكثر، لأن الذين اتبعوه أكثرُ العباد.

ولا بدَّ من الاتصال، قال عليه السلام: «من حَلَفَ، وقال: إن شاء الله، متصلاً بيمينِه، فلا حِنْثَ عليه»[2]، شَرَطَ الاتصالَ في المشيئة،

---

(١) أي: المستثنى.

(٢) أخرجه من حديث ابن عمر أبو داود (٣٢٦١) و(٣٢٦٢)، وابن ماجه (٢١٠٥)، والترمذي (١٥٣١)، والنسائي ٧/ ١٢ و٢٥، وهو في «المسند» (٤٥١٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٣٩) ولفظه: «من حلف فاستثنى، فهو بالخيار، إن شاء أن يمضي على يمينه مضى، وإن شاء أن يرجع غير حَنِثٍ» وهو حديث صحيح.

وأخرجه من حديث أبي هريرة ابن ماجه (٢١٠٤)، والترمذي (١٥٣٢)، والنسائي ٧/ ٣٠، وهو في «المسند» (٨٠٨٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٤١) ولفظه: «من حلف فقال: إن شاء الله، لم يحنث» وهو حديث صحيح.

واستِثناءُ الكُلِّ باطلٌ، وإن قال مُتَّصِلاً بإقرَارِه: إن شاءَ اللهُ، بَطَلَ إقرَارُه، وكذٰلكَ إن عَلَّقَه بِمَشيئةِ مَن لا تُعرَفُ مَشيئَتُه كالجنّ والملائِكَةِ. . . . .

وأنها استثناءٌ، ولأن الأصل لزومُ الإقرار لما بينا، إلا أن القَدْر المستثنى يبطُلُ بالاتصال، لأن الكلام لا يتمُّ إلا بآخرِه، فإذا انقطع الكلامُ فقد تمَّ، فلا يُعتبر الاستثناءُ بعدَه.

ويصحُّ استثناء البعض قلَّ أو كثُرَ، كقوله: له عَلَيَّ ألفُ درهمٍ إلا درهماً، فيلزمُه تسعُ مئةٍ وتسعةٌ وتسعون. ولو قال: إلا تسعَ مئةٍ وخمسين، يلزمُه خمسون.

(و) على هٰذا (**استِثناءُ الكُلِّ باطلٌ**) لأنه رجوعٌ لما بينا أنه تكلُّمٌ بالباقي بعد الثُّنْيا، ولا باقيَ فلا يكون استثناءً، والرجوعُ عن الإقرار لا يصحُّ. ولو قال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ يا فلانُ إلا عشرةً، صحَّ الاستثناء، لأن النداءَ تنبيه المخاطَب، وأنه محتاجٌ إليه لتأكيد ذٰلك، فلا يكون فاصلاً. ولو قال: له عليَّ ألفُ درهم فاشهدوا عليَّ بذٰلك إلا عشرةَ دراهمَ، لا يصحُّ الاستثناء، لأن الإشهادَ يكون بعد تمام الإقرار، فكان الإشهادُ بعدَ التمام.

قال: (**وإن قال مُتَّصِلاً بإقرَارِه: إن شاءَ اللهُ، بَطَلَ إقرَارُه**) لما روينا.

(**وكذٰلكَ إن عَلَّقَه بِمَشيئةِ مَن**[1] **لا تُعرَفُ مَشيئَتُه كالجنّ والملائِكَةِ**) لأن الأصل براءةُ الذِّمم، فلا يثبُتُ بالشكّ. ولو قال: إن شاء فلانٌ، فشاء، لا يلزمُه شيءٌ، لأن مشيئةَ فلان لا تُوجِب الملك، وكذٰلك إن جاء المطرُ أو هبَّت الريحُ أو كان كذا، لما بينا.

---

(١) في (س): علقه بمن لا تعرف مشيئته، والمثبت من (م).

ومَن أقَرَّ بمِئةِ دِرْهَم إلاَّ دِيناراً، أو إلاَّ قَفِيزَ حِنْطَةٍ لَزِمَه المئَةُ إلاَّ قِيمَةُ الدّينارِ (م ز) أو القَفِيز، وكَذٰلكَ كُلُّ ما يُكالُ أو يُوزَنُ (م) ويُعَدُّ (ز)، ولو استثنى ثَوباً أو شاةً أو داراً لا يَصِحُّ. ....

قال: (**ومَن أقَرَّ بمِئةِ دِرْهَم إلاَّ دِيناراً، أو إلاَّ قَفِيزَ حِنْطَةٍ لَزِمَه المئَةُ إلاَّ قِيمَةَ الدّينارِ أو القَفِيز، وكَذٰلكَ كُلُّ ما يُكالُ ويُوزَنُ ويُعَدُّ، ولو استثنَى ثَوباً أو شاةً أو داراً لا يَصِحُّ**) وقال محمد: لا يصحُّ في الكلّ، لأن المستثنى غيرُ داخل في الإيجاب، والاستثناءُ ما لولاه لدخَلَ تحتَ المستثنى منه، فلا يكون استثناءً. ولهما أن ما يجبُ في الذمةِ كلُّه كجنسٍ[1] واحدٍ نظراً إلى المقصود وهو الثمنيَّةُ التي يُتوسَّل بها إلى الأعيان، أما الثوبُ وأخواتُه ليس بثمن أصلاً، حتى لا يجبُ في الذمَّة عند الإطلاق، وإنما يجب الثوبُ نصّاً لا قياساً، فما يكون ثمناً يصلُح مقدّراً للدرهم، فيصيرُ بقَدْره مستثنى، وما لا فلا، فيبقى المستثنى مجهولاً فلا يصحُّ.

ولو قال: له عليَّ ألفٌ إلا شيئاً، لزِمَه نصفُ الألف وزيادةٌ، والقول قوله في الزيادة، لأن الجهالة في المُقَرِّ به غيرُ مانعة، ففي المستثنى أولى، إلا أن قولَه: شيءٌ، يعبَّر به عن القليل عُرفاً، فيكون أقلَّ من الباقي. ولو قال: له عليَّ مئةُ درهم إلا قليلاً، قال أبو حنيفة: عليه أحدٌ وخمسون. ولو قال: عشرةٌ إلا بعضَها، فعليه أكثرُ من النصف. ولو قال: له عليَّ[2] ألفُ درهم إلا عشرةَ دنانير إلا قيراطاً، لزمَه ألفُ

---

(١) في (س): لجنس، والمثبت من (م).

(٢) في (س): عليه، والمثبت من (م).

ولو قال: غَصَبتُه من زَيْدٍ لا بَلْ من عَمْرو فهو لزَيدٍ وعليه قِيمَتُه لعَمْرٍو (ف)،

درهم إلا عشرةَ دنانير إلا قيراطاً، لأن استثناءَ العشرة دنانير صحيحٌ، واستثناءُ القيراط من العشرة صحيحٌ أيضاً، لأن الاستثناء من الاستثناء صحيحٌ ويلحق بالمستثنى منه، قال تعالى: ﴿إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ۝٥٩ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾ [الحجر: ٥٩-٦٠]، استثنى آلَ لوطٍ من الهالكين، ثم استثنى امرأتَه من الناجين، فكانت من الهالكين.

قال: (**ولو قال: غَصَبتُه من زَيْدٍ لا بَلْ من عَمْرو، فهو لزَيدٍ وعليه قِيمَتُه لعَمْرٍو**) لأن قوله: من زيد، إقرارٌ له، ثم قولُه: لا، رجوعٌ عنه، فلا يُقبل، وقوله: بل لعمرو، إقرارٌ منه لعمرو وقد استهلكه بالإقرار لزيدٍ، فيجب قيمتُه لعمرو. ولو قال: له عليَّ ألفٌ لابل ألفان، يلزمُه ألفان استحساناً، وفي القياس يلزمُه ثلاثةُ آلاف وهو قولُ زفر، ولو قال: غصبتُه عبداً أسودَ لا بل أبيضَ لزمَه عبدٌ أبيضُ، ولو قال: غصبته ثوباً هَرَوِياً لا بل مرْوِيّاً لزِماه. وكذا: له عليَّ كُرُّ حِنطةٍ لا بل كُرُّ شعير لزماه. ولو قال: لفلان عليَّ ألفُ درهم لا بل لفلان، لزمَه المالان. ولو قال: له عليَّ ألفٌ لا بل خمسُ مئةٍ لزمَه الألف، والأصل في ذٰلك أن «لا بل» متى تخلَّلت بين المالين من جِنسَين لزماه، وكذٰلك من جنسٍ واحد إذا كان المُقَرُّ له اثنين، وإذا كان واحداً والجنسُ واحدُ لزم أكثرُ المالين، لأن «لا بل» لاستدراك الغلط، والغلط إنما يقعُ غالباً في جنسٍ واحد، إلا أنه إذا كان لرجلين كان رجوعاً عن الأوّل للأول، فلا يُقبَل، ويثبت للثاني بإقرارِه الثاني، وإذا كان الإقرارُ الثاني أكثَر صحَّ

ومَن أقرَّ بِشَيئَينِ فاستَثنَى أحَدَهُما أو أحَدَهُما وبَعضَ الآخَرِ فالاستِثْناءُ باطلٌ (سم)، وإنِ استثنى بَعضَ أحَدِهما أو بَعضَ كلٍّ واحِدٍ منهما صَحَّ، ويُصرَفُ إلى جِنسِه، . . . .

الاستدراكُ، ويصدِّقُه المُقَرُّ له، وإن كان أقلَّ كان متَّهماً في الاستدراك، والمُقَرُّ له لا يصدِّقُه، فيلزمُه الأكثر. وجه قول زفر أنه أقرَّ بألفٍ فيلزمُه، وقوله: «لا» رجوعٌ، فلا يصدَّقُ فيه، ثم أقرَّ بألفَين فصحَّ الإقرار، وصار كقوله: أنتِ طالقٌ واحدةً لا بل ثنتين، وجوابُه: أن الإقرار إخبارٌ يجري فيه الغَلَطُ فيجري فيه الاستدراك، فيلزمُه الأكثر، والطلاقُ إنشاءٌ، ولا يملك إبطالَ ما أنشأ فافترقا.

قال: (**ومَن أقرَّ بِشَيئَينِ فاستَثنَى أحَدَهُما، أو أحَدَهُما وبَعضَ الآخَرِ، فالاستِثْناءُ باطلٌ، وإنِ استثنى بَعضَ أحَدِهما، أو بَعضَ كلٍّ واحِدٍ منهما صَحَّ، ويُصرَفُ إلى جِنسِه**) وصورتُه: إذا قال: له عليَّ كُرُّ حِنطةٍ وكُرُّ شعيرٍ إلا كُرَّ حنطةٍ، أو قال: إلا كُرَّ حنطةٍ وقفيزَ شعير فهٰذا باطلٌ، وقالا: يصحُّ استثناء القَفيز، وهو نظير اختلافِهم في قوله: أنت حرٌّ وحرٌّ إن شاء الله، وأنتِ طالقٌ ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله، فإنه يبطُل الاستثناءُ عنده، ويقع العِتاق والطلاقُ. وعندهما: الاستثناء صحيحٌ لأنه كلام متصلٌ، لأن قوله: إلا كُرَّ حنطةٍ استثناءٌ صحيح لفظاً إلا أنه غيرُ مفيدٍ، وإذا كان كلاماً متصلاً كان استثناءُ القفيز متصلاً، فيصحُّ. ولأبي حنيفة: أن استثناء الكُرّ باطلٌ بالإجماع، فكان لغواً، فكان قاطعاً للكلام الأوّل، فيكون الاستثناء منقطعاً، وهٰكذا قوله: وثلاثاً،

واستِثناءُ البِناءِ مِنَ الدَّارِ باطلٌ، ولو قالَ: بناؤُها لي والعَرْصَةُ لِفُلانٍ، فكما قالَ. . . . .

وحرٌّ، لغوٌ لا حاجةَ إليه. ولو قال: إلا قفيزَ حنطةٍ، أو قال: إلا قفيزَ شعيرٍ صحَّ الاستثناءُ لعدم تخلُّل القاطع، وكذا لو قال: إلا قفيزَ حنطةٍ وقفيزَ شعيرٍ، لأن قولَه: إلا قفيزَ حنطةٍ استثناءٌ صحيحٌ مفيدٌ، فلا يكون قاطعاً، فيصحُّ العطفُ عليه، فيلزمُه كُرُّ حنطةٍ وكرُّ شعير إلا قفيزَ حنطةٍ وقفيزَ شعيرٍ.

قال: (**واستِثناءُ البِناءِ مِنَ الدَّارِ باطلٌ**) مثل أن يقول: هٰذه الدارُ لفلانٍ إلا بناءَها، أو قال: وبناؤُها لي، لأن البناء داخلٌ في هٰذا الإقرار معنىً، لأن البناء تَبَعٌ للأرض، والاستثناءُ تصرُّفٌ[1] في الملفوظ، وعلى هٰذا النخلُ والشجرُ مع البستانِ، والظِّهارةُ والبطانةُ من الجُبَّةِ، والفَصُّ من الخاتَمِ، لأن الاسم يتناولُ الكلَّ، ولا قِوامَ لهٰذه الأشياء بدون ما استثناه فيكون باطلاً. ولو قال: إلا ثُلُثَها، أو إلا بيتاً منها، صحَّ، لأنه داخلٌ فيه لفظاً.

(**ولو قالَ: بناؤُها لي والعَرْصَةُ لِفُلانٍ، فكما قالَ**) لأن العَرْصةَ اسمٌ للبقعة دون البناء، ولو أقرَّ له بحائطٍ لزمَه بأرضِه، لأن الحائطَ اسمٌ للمبني، ولا يُتصوَّر بدون الأرض، وكذٰلك إذا أقرَّ له بأُسطُوانةٍ من آجُرٍّ، وإن كانت من خشبٍ لا يلزمُه الأرض، لأن الخشبةَ تسمَّى أُسطُوانةً قبل البناء، فإن أمكنَه رفعُها بغير ضَرَرٍ رفَعها، وإلا ضَمِن

---

(١) في (س): يُصرَف، والمثبت من (م).

وإن قال: له عَليَّ ألفٌ من ثَمَنِ عَبدٍ لم أقبِضْه ولم يُعيِّنه لَزِمَه الألفُ (سم)، وإن عَيَّنَ العَبْدَ، فإن سَلَّمَه إليه لَزمَتْه الألْفُ وإلاَّ فلا، . . . .

قيمتَها للمُقَرِّ له، كما في غصب السَّاجَة[1]. ولو أقرَّ بثمرةِ نخلةٍ لا تدخلُ النخلةُ، ولو أقرَّ بنخلةٍ أو شجرةٍ يلزمُه موضعُها من الأرض، لأنه لا يسمَّى شجرةً ونخلاً إلا وهو ثابت، وكذٰلك الكَرْم، ولا يلزَمُ الطريقُ لأنه ليس من ضَرورات المِلْكِ.

قال: (**وإن قال: له عَليَّ ألفٌ من ثَمَنِ عَبدٍ لم أقبِضْه ولم يُعيِّنه لَزِمَه الألفُ**) وَصَلَ أم فَصَلَ، ولا يصدَّق في قوله: ما قبضتُه، لأن «عَلَيَّ» للإلزام، وقوله: لم أقبِضْه ينافي ذٰلك، لأنه لا يجبُ إلا بعدَ القَبض وهو غيرُ عينٍ، فأيَّ عبدٍ أحضرَه يقول: المَبيعُ غيرُه، فعُلِم أن قوله: لم أقبِضْه جحودٌ بعد الإقرار، فلا يُقبل. وقال أبو يوسف ومحمد: إن صَدَّقه في أنه ثمنٌ صُدِّق، وَصَلَ أم فَصَل، وإن كذَّبه وقال: لي عليك ألفٌ من قرضٍ أو غَصْبٍ أو غيرِ ذٰلك، إن وَصَل صُدِّق وإلا فلا، ووجهُه أنهما إذا تصادقا على الجهةِ فقد تصادقا على أن المُقَرَّ به ثمنٌ، فلا يلزمُه قبلَ القبض، والمقِرُّ ينكِرُ القبضَ فالقولُ قوله وَصَلَ أم فَصَل، ومتى كذَّبه كان تغييراً لإقرارِه، فإن وَصَل صُدِّق وإلا فلا.

قال: (**وإن عَيَّنَ العَبْدَ، فإن سَلَّمَه إليه لَزِمَتْه الألْفُ، وإلاَّ فلا**) وهٰذا إذا صدَّقه، لأنهما إذا تصادقا على ذٰلك صار كابتداءِ البيع، وإن

---

(١) الساجة: قال صاحب «المصباح المنير»: واحدة الساج، وهو خشب أسود رزين يجلب من الهند، ولا تكاد الأرض تبليه.

وإن قال: مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ لَزِمَتْه، ولو قال: من ثَمَنِ مَتاعٍ، أو أقْرَضَنِي، ثُمَّ قالَ: هيَ زُيُوفٌ أو نَبَهْرَجَةٌ، وقال المُقَرُّ له: جيادٌ، فَهيَ جيادٌ.

قال له: العبدُ في يدِك وما بعتُك غيرَه لزمَه المالُ، لأنه أقرَّ به عند سلامة العبد وقد سَلِم. ولو قال: العبدُ عبدي ما بعتُكَهُ، لا يلزمُه شيءٌ، لأنه إنما أقرَّ بالمال عِوَضاً عن هٰذا العبد، فلا يلزمُه دونه. ولو قال: إنما بعتُك غيرَه، يتحالفان على ما مرَّ.

قال: (**وإن قال: مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ لَزِمَتْه**) وقالا: لا يلزمُه إن وَصَل، لأن بآخِرِ كلامه ظَهَر أنه ما أراد الإيجابَ، كقوله: إن شاء الله تعالى. وله: أن هٰذا رجوعٌ، فلا يُقبَل لأن ثمنَها لا يكون واجباً، وما ذَكَرا فهو تعليقٌ، وهٰذا إبطال.

(**ولو قال: من ثَمَنِ مَتاعٍ، أو أقْرَضَنِي، ثُمَّ قالَ: هيَ زُيُوفٌ أو نَبَهْرَجَةٌ، وقال المُقَرُّ له: جيادٌ، فَهيَ جيادٌ**) وقالا: يصدَّق إن وَصَل، وعلى هٰذا إذا قال: هي سُتُّوقةٌ[1] أو رصاص. لهما: أنه بيانٌ مُغيِّرٌ، لأن اسم الدراهم يتناولُ هٰذه الأنواع، فيصحُّ موصولاً كما تقدّم، وصار كقوله: إلا أنها وزنُ خمسةٍ، وله أن مطلق العقد يقتضي السلامةَ عن العَيب، فإقرارُه يقتضي الجيادَ، ثم قوله: هي زيوفٌ، إنكارٌ فلا يُصدَّقُ، فصار كما إذا ادَّعى الجيادَ، وادّعى المشتري الزُّيوفَ، يلزمُه

---

(١) السّتوقة، بفتح السين وضمّها، أي: زيف نبهرج. وكل ما كان على هٰذا المثال فهو مفتوح الأول إلا أربعة أحرف جاءت نوادرَ، وهي: سُبُّوح وقُدُّوس وذُرُّوح (وهي حشرة حمراء أعظم من الذباب) وسُتُّوق، فإنها تضم وتفتح.

ولو قالَ: غَصَبتُها منه أو أَوْدَعَنيها صُدّقَ في الزُّيُوفِ والنَّبَهْرَجَةِ، وفي الرَّصاصِ والسَّتُّوقَةِ إن وَصَلَ صُدّقَ وإلاَّ فلا.

فصل

(دُيُونُ الصّحَّةِ وما لَزِمَه في مَرَضِه بِسَبَبٍ مَعرُوفٍ مُقَدَّمٌ على ما أَقَرَّ به في مَرَضِه، وما أقرَّ به في مَرَضِه مُقَدَّمٌ على الميرَاثِ. ....

الجيادُ عملاً بما ذكرنا من الأصل، وقوله: وزنُ خمسةٍ، مقدارٌ فيصحُّ استثناؤه، ولا يصحُّ استثناء الوصف لما مرَّ في البناء.

(ولو قالَ: غَصَبتُها منه، أو أَوْدَعَنيها صُدّقَ في الزُّيُوفِ والنَّبَهْرَجَةِ) لأن الغصبَ يَرِدُ على ما يجدُه، والإنسان يُودِعُ ما يملِكُه، وذلك لا يقتضي السلامةَ عن العيوب.

(وفي الرَّصاصِ والسَّتُّوقَةِ إن وَصَلَ صُدّقَ، وإلاَّ فلا) لأنهما ليسا من جنس الدراهم، لأن الاسم يتناولُهما مجازاً، فلذلك يُشترط الوَصْلُ. ولو قال: له عليَّ ألفٌ إلا أنها تنقُصُ كذا، فهو استثناءٌ صحيح، إن وَصَل صدِّق وإلا فلا.

فصل

(دُيُونُ الصّحَّةِ وما لَزِمَه في مَرَضِه بِسَبَبٍ مَعرُوفٍ مُقَدَّمٌ على ما أَقَرَّ به في مَرَضِه، وما أقرَّ به في مَرَضِه مُقَدَّمٌ على الميرَاثِ) ومعناه أنه يُقضى دينُ الصحة والدينُ المعروفُ السبب، فإن فَضَلَ شيءٌ قُضِي ما أقرَّ به في مرضه، فإن فَضَل شيءٌ فللوَرَثة، والدليل عليه أنه تعلَّق حقُّ غرماء الصحَّة بمالِه بأوّل مرضِه، حتى يُنتَقَضُ تبرُّعه لحقِّهم، ففي إقراره

لغيرهم إبطالُ حقِّهم فلا يصحُّ، وكذا لا يجوز أن يُقِرَّ بعينٍ في يده وعليه دُيون، وهٰذا لأن الإقرار حجةٌ قاصرةٌ، فلا يثبتُ في حقِّ غيره، وما ثبت بالبينةِ أو بمعاينةِ القاضي حجةٌ في حقِّ الكافة، فكان أولى، وكذٰلك النكاحُ لأنه من الحوائج الأصلية، وكذا الدُّيونُ المعروفةُ السبب لأنه لا تُهمةَ فيها، وكذا لا يجوزُ له أن يقضي دينَ بعضِ الغُرماء دونَ البعض لما فيه من إبطال حقِّ الباقين، فإذا قُضيت ديونُ الصحة والمعروفةُ الأسباب يُقضَى ما أقرَّ به في مرضه، كما لو لم يكن عليه دينُ الصِّحة، وكان أحقَّ من الورثة لحاجتِه إليه، لأن ماله إنما ينتقلُ إلى الورثة عند فراغ حاجتِه، وفراغُ ذمَّتِه من أهمّ الحوائج.

قال: (وإقرَارُ المرِيضِ لِوارِثِه باطلٌ، إلاَّ أن يُصَدِّقَه بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ) قال عليه السلام: «لا وصيَّةَ لوارثٍ ولا إقرارَ بدَينٍ»[1]، ولأنه تعلَّق به حقُّ جميع الوَرَثة، فإقرارُه لبعضهم إبطالٌ لحقِّ الباقين، وفيه إيقاعُ

---

(١) أخرجه أبو نعيم في «تاريخ أصبهان» ١/ ٢٢٧، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٨٥ من طريق يحيى بن يحيى، عن نوح بن درّاج، عن أبان بن تغلب، عن جعفر ابن محمد، عن أبيه، عن جابر. وإسناده ضعيف جداً. نوح بن دراج متروك الحديث.

وأخرجه مرسلاً الدارقطني في «السنن» (٤٢٩٨)، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٨٥ من طريق نوح بن دراج، عن أبان بن تغلب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ. . . فذكره. وإسناده على إرساله ضعيف كسابقه.

وحديث «إن الله أعطى كل ذي حق حَقَّه، فلا وصية لوارث» أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤) من حديث أبي أمامة الباهلي، وسنده حسن، وانظر تمام تخريجه فيه.

ومَن طَلَّقَ امرأتَه ثلاثاً في مَرَضِه ثُمَّ أقَرَّ لها وماتَ فَلها الأقَلُّ منَ الإقرَارِ والمِيرَاثِ، ....

العداوةِ بينهم، لما فيه من إيثار البعض على البعض، وأنه منشأٌ للعداوة والبغضاء، وقصّةُ[1] يوسفَ وإخوته أكبرُ شاهد. وكذا لا يصحُّ إقرارُه أنه قبَضَ منه دَينَه أو رجَعَ فيما وهَبَه منه في مرضه، أو قبضَ ما غصَبَه منه أو رهَنَه عنده، أو استردَّ المبيع في البيع الفاسد لما بينا. وكذا لا يجوز ذٰلك لعبدِ وارثِه ولا مكاتَبه، لأنه يقع لمولاه ملكاً أو حقّاً. ولو صدرت هٰذه الأشياءُ منه للوارث وهو مريضٌ ثم بَرَأ ثم مات جاز ذٰلك كلُّه، لأنه لم يكن مَرَضَ الموت، فلم يتعلَّق به حقُّ الورثة. ولو أقرَّ لأخيه وهو وارثُه، ثم جاءه ابنٌ ومات، صحَّ الإقرارُ لأخيه. ولو أقرَّ له وله ابنٌ، فمات الابن ثم مات المُقِرُّ بطَلَ الإقرارُ للأخ، وهٰذا لأن الوارثَ من يرثُه، وذٰلك إنما يتبين بالموت، ففي المسألة الأولى لم يرث فصحَّ، وفي الثانية وَرِثَ فلم يصحَّ.

(ومَن طَلَّقَ امرأتَه ثلاثاً في مَرَضِه، ثُمَّ أقَرَّ لها وماتَ، فَلها الأقَلُّ منَ الإقرَارِ والمِيرَاثِ) وكذا لو تصادقا على الطلاق وانقضاءِ العدَّةِ في مرضِه، ثم أقرَّ لها أو أوصى. وقالا: لها في الثانية ما أقرَّ لها أو أوصى. وقال زفر في الأولى كذٰلك أيضاً، لكونها أجنبيةً في المسألتين. لهما: أنها أجنبيةٌ بالطلاق وانقضاءِ العدّةِ، فيصحُّ لها الإقرار والوصيةُ لعدم التهمة، بخلاف المسألة الأولى، لأن بقاء العدَّة

---

(١) في (س): وقضية، والمثبت من (م).

وإن أقَرَّ المَرِيضُ لأجنَبِيّ ثُمَّ قال له: هو ابْنِي بَطَلَ إقْرَارُه، وإنَ أقَرَّ لامرَأةٍ ثُمَّ تَزَوَّجها لم يَبطُلْ، ويَصِحُّ إقرَار الرَّجُلِ بالوَلَدِ والوالِدَينِ والزَّوجَةِ والمَولَى إذا صَدّقُوه، وكذَلكَ المَرأةُ إلاَّ في الوَلَدِ فإنَّه متوقِّفٌ على تَصدِيق الزَّوجِ أو شَهادَةِ القابِلَةِ، ....

دليلُ التهمة. ولأبي حنيفة: أن التهمة قائمةٌ فإنها تختار الفُرقةَ لينفتحَ عليها بابُ الوصية والإقرار، فيصلُ إليها أكثرُ من ميراثها، ويصطلحان على البَينونة وانقضاءِ العدَّة لذلك، فإن كان الإقرارُ والوصيةُ أكثرَ من ميراثها جاءت التهمةُ، وفيه إبطال حقِّ الورَثة فلا يجوز، وإن كان الميراث أكثرَ فلا تهمةَ، فيجوزُ الإقرار والوصيةُ.

قال: (**وإن أقَرَّ المَرِيضُ لأجنَبِيّ ثُمَّ قال له: هو ابْنِي، بَطَلَ إقْرَارُه، وإنَ أقَرَّ لامرَأةٍ ثُمَّ تَزَوَّجها لم يَبطُلْ**) لأن البنوّةَ تستند إلى وقتِ العُلوق، فكان ابناً له وقتَ الإقرار، فتبيَّن أنه كان وارثاً وقتَ الإقرار، والزوجيةُ تقتصر على حالة العقد، فصحَّ الإقرار لكونها أجنبيةً، فلا يبطُل، حتى لو أوصى لها أو وَهَبَها ثم تزوجها لا يصحُّ، لأن الوصيةَ إنما تصحُّ بعد الموت، وهي وارثةٌ، والهبةُ في المرض وصيةٌ، فكانت كهي.

قال: (**ويَصِحُّ إقرَار الرَّجُلِ بالوَلَدِ والوالِدَينِ والزَّوجَةِ والمَولَى إذا صَدّقُوه**) إذا كان الولدُ يعبِّرُ عن نفسِه، وإلا يثبتُ بمجرّد دعواه لما فيه من النظر له من ثُبوتِ النسب، ووجوبِ النفقةِ، وغيرِ ذلك.

(**وكذَلكَ المَرأةُ إلاَّ في الوَلَدِ، فإنَّه متوقِّفٌ على تَصدِيق الزَّوجِ أو شَهادَةِ القابِلَةِ**) وأصلُه أن شرط صحةِ هٰذا الإقرار تصديقُ المُقَرِّ له ليصير

ومَن ماتَ أبُوه فأقَرَّ بأخٍ يشارِكُه في المِيراثِ، ولا يَثبُتُ نَسَبُه.

حجةٌ في حقِّه فيلزمهما الأحكام بتصادُقِهما، وتصوّر كونه منه لئلا يكذِّبَه العقلُ، وأن لا يكون معروفَ النسب من غيرِه لئلا يكذِّبَه الشرعُ، وأما المرأةُ فإنها تحتاج إلى تصديق الزوجِ لأن فيه تحمُّلَ النسب عليه، فلا يُقبل إلا بتصديقِه أو ببيِّنةٍ وهي شهادةُ القابلة على ما يُعرف في موضعِه إن شاء الله تعالى. وإذا صحَّ الإقرارُ بهٰؤلاء لا يملك الرجوعَ فيه، لأن النسب إذا ثبت لا يبطُلُ بالرجوع، وله الرجوع إذا أقرَّ بمن لا يثبت نسبُه كقرابةِ غيرِ الولاد لأنه وصيةٌ معنىً، وإنما لا يصحُ النسبُ لغير قرابةِ الوِلاد بالإقرار لما فيه من تحمُّل النسب على الغير، والأخُ نسبُه إلى الأب والعمُّ إلى الجدِّ وهٰكذا، لٰكن إن لم يكن له وارثٌ غيرُه ورِثَه، لأن إقرارَه تضمَّن أمرين: تحمُّلِ النسب على غيره ولا يملكُه فبطَلَ، والإقرارِ له بالمال وإنه يملكُه عند عدم الوارث، فيصحُّ.

(**ومَن ماتَ أبُوه فأقَرَّ بأخٍ يشارِكُه في المِيراثِ**) لأنه اعترَفَ له بنصف الميراث.

(**ولا يَثبُتُ نَسَبُه**) لما بينا، ثم التصديق يصحُّ بعد الموت في النسب لبقائِه، وكذا تصديقُ الزوجة لبقاءِ أحكامِه وهو غَسْلُها له والعدَّةُ، ولا يصحُّ تصديقُ الزوج لانقطاع النكاحِ بالموت، حتى لا يجوزُ له غسلُها، فصار كالتصديق بعد هلاك العين، وعندهما: يصحُّ لأن الإرثَ من الأحكام.

❑ ❑ ❑

كتاب الشهادات

. . . .

كتاب الشهادات

أصلُ الشهادة: الحُضور، قال عليه السلام: «الغنيمةُ لمَن شهِدَ الوَقْعةَ»[1]، أي: حضَرَها، ويقال: فلانٌ شهِدَ الحربَ وشَهِدَ قضيةَ كذا إذا حضَرَها، وقال:

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/٤٠٨ وقال: غريب مرفوعاً، وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/١٢٠: والمشهور وقفه على عمر، أما المرفوع فلم أجده. وقال في «التلخيص» ٣/١٠٢: وأخرجه الطبراني والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً وقال: الصحيح موقوف.

قلنا: أخرج الموقوف عن عمر عبد الرزاق في «مصنفه» (٩٦٨٩)، وسعيد ابن منصور في «سننه» (٢٧٩١)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» ١٢/٤١٢، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٣/ ٢٤٥، والطبراني في «الكبير» (٨٢٠٣)، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٣٣٥ و٩/ ٥٠. وإسناده صحيح.

وأخرجه ابن عدي في «الكامل» ٢/ ٤٩٠، والبيهقي في «السنن» ٩/ ٥١ من طريق بختري العبدي، عن عبد الرحمٰن بن مسعود، عن علي، موقوفاً، فذكره.

وفي معناه حديث أبي موسى الأشعري عند البخاري (٣١٣٦)، ومسلم (٢٥٠٣).

وحديث أبي هريرة عند البخاري (٢٨٢٧)، وأبي داود (٢٧٢٣).

. . . .

إذاً عَلِمُوا أني شهدتُ وغابُوا[1]

أي: حضرتُ ولم يحضُروا. والشهيد: الذي حضَرَته الوفاةُ في الغزو، حتى لو مضى عليه وقتُ صلاةٍ وهو حيٌّ لا يسمَّى شهيداً، لأن الوفاةَ لم تحضُرْه في الغزو.

وفي الشرع: الإخبارُ عن أمرٍ حضَرَه الشهودُ وشاهدوه، إما معاينةً كالأفعال، نحو القَتْل والزِّنى، أو سماعاً كالعقود والإقرارات، فلا يجوزُ له أن يشهدَ إلا بما حضَرَه وعلِمَه عِياناً أو سماعاً، ولهٰذا لا يجوزُ له أداءُ الشهادة حتى يذكرَ الحادثةَ، قال عليه السلام: «إن علمتَ مثلَ الشمس، فاشهدْ وإلا فَدَعْ»[2]، وهي حجةٌ مظهِرةٌ للحقّ مشروعةٌ، قال

---

(١) صدره: ولو عرفوني حَقَّ معرفتي بِهِمْ.

وهو من الطويل، لأبي فراس الحمداني مِن قصيدة مطلعها:

أمـا لجميـلٍ عنـدكـن ثـوابُ ... ولا لمسـيءٍ عنـدكـن متـابُ

(٢) أخرجه ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٢٢١٣، والحاكم في «المستدرك» ٤/ ٩٨، والبيهقي في «السنن» ١٠/ ١٥٦ من طريق عمرو بن مالك، والعقيلي ٤/ ٧٠ من طريق ابن المبارك الصنعاني، وابن عدي ٦/ ٢٢١٣ من طريق يحيى بن موسى، ثلاثتهم عن محمد بن سليمان بن مسمول، عن عبد الله بن سلمة بن وهرام، عن طاووس اليماني، عن ابن عباس قال: ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة، فقال لي: «يا ابن عباس، لا تشهد إلا على ما يُضيء لك كضياء الشمس»، وأومأ رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس. وإسناده ضعيف لضعف عمرو ابن مالك ومحمد بن سليمان بن مسمول.

. . . .

تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عليه السلام: «شاهداكَ أو يمينُه، ليس لَكَ إلا ذٰلك»(١)، وقال عليه السلام: «البينةُ على المدَّعِي»(٢)، والبينةُ: الشهادة بالإجماع، ولأن فيها إحياءَ حقوق الناس، وصَوْنَ العقود عن التجاحُدِ، وحِفْظَ الأموال على أربابها، قال عليه السلام: «أكرِموا شُهودَكم، فإن الله تعالى يستخرجُ بهم الحقوق»(٣).

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن مسعود البخاري (٢٥١٥)، ومسلم (١٣٨) (٢٢١)، وهو في «المسند» (٢١٨٤١)، وفيه: «شاهداك أو يمينه»، وأما قوله: «ليس لك إلا ذٰلك» فهو في حديث آخر من حديث وائل بن حجر، سلف تخريجه ص٢٧٠، فانظره هناك.

(٢) سلف تخريجه ص٢٦٩.

(٣) أخرجه العقيلي في «الضعفاء» ١/ ٦٥ و٣/ ٨٤، وأبو الشيخ في «طبقات المحدثين بأصبهان» ٤/ ٢١٩، والقضاعي في «مسند الشهاب» (٧٣٢)، والخطيب البغدادي في «تاريخه» ١٠/ ٣٠٠ من طريق عبد الصمد بن علي بن عبد الله بن عباس، عن أبيه، عن جده ابن عباس. فذكره. وعبد الصمد هٰذا: قال الذهبي في «الميزان»: هٰذا منكر، وما عبد الصمد بحجة، ولعل الحفاظ إنما سكتوا عنه مداراة للدولة. ونقل الفُتَّني في «تذكرة الموضوعات» ص١٨٦، والشوكاني في «الفوائد المجموعة» ص٢٠٠ عن الصنعاني أنه موضوع، ونسبه السيوطي في «الجامع الصغير» إلى البانياسي في «جزئه»، وابن عساكر في «تاريخه».

مَن تَعَيَّنَ للتحمُّل لا يَسَعُه أن يَمتَنِعَ إذا طُلِبَ، فإذا تَحمَّلها وطُلِبَ لأدائها يُفتَرَضُ عليه إلاَّ أن يَقُومَ الحَقُّ بغَيرِه، وهو مُخَيَّرٌ في الحُدُودِ بَينَ الشَّهادَةِ والسَّتْرِ، والسَّتْرُ أفْضَلُ.

قال: (**من تَعَيَّنَ للتحمُّل لا يَسَعُه أن يَمتَنِعَ إذا طُلِبَ**) لما فيه تضييع الحقوق، وإن لم يتعيَّن فهو مخيَّرٌ، ولا بأس بالتحرُّز عن التحمُّل.

(**فإذا تَحمَّلها وطُلِبَ لأدائها يُفتَرَضُ عليه**) لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال تعالى: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولأنه إضاعةٌ لحقوق الناس، فيحرُمُ الامتناع.

(**إلاَّ أن يَقُومَ الحَقُّ بغَيرِه**) بأن يكون في الصَّكِّ[1] سواه من يقوم الحقُّ به، فيجوزُ له الامتناع. لأن الحقَّ لا يضيع بامتناعِه، ولأنها فرضُ كفاية. ولا بدَّ من طلب المدَّعِي لأنها حقُّه.

قال: (**وهو مُخَيَّرٌ في الحُدُودِ بَينَ الشَّهادَةِ والسَّتْرِ**) لأنَّ إقامة الحدود حِسْبةٌ، والسَّتْر على المسلم حِسْبةٌ.

(**والسَّتْرُ أفْضَلُ**) قال عليه السلام: «مَن سَتَر على مسلمٍ سَتَرَ الله عليه في الدنيا والآخرة»[2]، وقد صحَّ أنَّ النبيّ عليه السلام لقَّنَ ماعزاً

---

(١) الصَّك: الكتاب، أو السجل، فارسي معرَّب، جمعه: أصُكٌّ وصُكوكٌ وصِكَاك.

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة ضمن حديث مسلم (٢٦٩٩)، وهو في «المسند» (٧٤٢٧)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٤). =

ويقُولُ في السَّرِقَةِ: أَخذَ المالَ، ولا يَقُولُ: سَرَقَ. وَلا يُقْبلُ على الزِّنى إلاَّ شَهادَةُ أربَعَةٍ من الرّجالِ، . . . .

الرجوعَ، وسأله عن حالِه سَتْراً عليه، لئلا يُرجَم ويَشتَهِر[1]. وكفى به قُدوةً، وكذٰلك نُقِل عن الخلفاء الراشدين.

قال: (**ويقُولُ في السَّرِقَةِ: أَخذَ المالَ**) إحياءً لحقِّ المسروق منه. (**ولا يَقُولُ: سَرَقَ**) إقامةً لحِسْبة السَّتْر.

قال: (**وَلا يُقْبلُ على الزِّنى إلاَّ شَهادَةُ[2] أربَعَةٍ من الرّجالِ**) لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤]، وقوله: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، وقال عليه السلام للذي قَذَفَ زوجتَه: «ائتِني بأربعةٍ يشهدون، وإلا فضَرْبٌ في ظهرِك»[3].

= وأخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٢٤٤٢)، ومسلم (٢٥٨٠)، وهو في «المسند» (٥٦٤٦)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٣). ولفظه: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يُسلِمُه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كُربة فرَّج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة».

(١) سلف تخريجه ص٣١٢.

(٢) لفظه: «شهادة» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

(٣) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٢٦٧١) و(٤٧٤٧) ولفظه: «البينة أو حَدٌّ في ظهرك».

وأخرجه من حديث أنس ابن حبان في «صحيحه» (٤٤٥١). وفيه: «يا هلال، أربعة شهود، وإلا فَحَدٌّ في ظهرك». وانظر تمام تخريجه فيه.

وباقي الحُدُودِ والقِصَاصِ شَهادَةُ رَجُلَينِ، وما سوَاهُما من الحُقُوقِ تُقْبَلُ فيها شَهادَةُ رَجُلينِ، أو رَجُلٍ وامرأتَينِ (ف)، . . . .

قال: (وباقي الحُدُودِ والقِصَاصِ شَهادَةُ رَجُلَينِ) قال تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عليه السلام: «شاهِدَاكَ أو يمينُه»[١].

ولا تُقبَلُ شهادةُ النساء في الحدود والقِصاص، قال الزُّهْري: مَضَتِ السنَّةُ من لَدُنْ رسولِ الله ﷺ والخَليفَتين بعدَه أن لا تُقبلَ شهادةُ النساء في الحدود والقِصاص[٢].

قال: (وما سوَاهُما من الحُقُوقِ تُقْبَلُ فيها شَهادَةُ رَجُلينِ، أو رَجُلٍ وامرأتَينِ) قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة:

---

(١) سلف تخريجه ص٣٣٧.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/٥٨ عن حفص بن غياث وعباد بن العوام، عن حجاج، عن الزهري قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده ألا تجوز شهادة النساء في الحدود.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤٠٥) عن الحسن بن عمارة، عن الحكم بن عتيبة أن علي بن أبي طالب قال: لا تجوز شهادة النساء في الطلاق والنكاح والحدود والدماء.

وأخرج عبد الرزاق عن الشعبي (١٣٣٧٤) و(١٥٤١٢)، وعن إبراهيم النخعي (١٣٣٧٥)، وعن عبد الرحمٰن (١٥٤١٠)، وعن الحسن والزهري (١٥٤٠٢) أنهم قالوا: لا تجوز شهادة النساء في الحدود.

وتُقْبَلُ شَهادَةُ النِّساءِ وَحْدَهُنَّ فيما لا يَطَّلِـعُ عليه الرّجالُ، كالوِلادَةِ والبَكارَةِ وعُيُوبِ النِّساءِ، . . . .

٢٨٢]، وأنه مذكورٌ في سياق المُدايَنات والأجَلَ، فتُقبل فيهما. وعن عمر رضي الله عنه: أن النبيَّ ﷺ أجازَ شَهادةَ النساء في النِّكاح[(١)]. ولأنها من أهل الشهادةِ بالآية، فتُقبل شهادتُها لوجود المشاهَدَة والحفظِ والأداءِ كالرجل، وزيادةُ النسيان انجَبَرَ[(٢)] بزيادةِ العدد، وإليه الإشارةُ بقوله تعالى: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. بقي شُبهةُ البدليَّة، فلهٰذا قلنا: لا تُقبَل في الحدود والقِصاصِ. وغيرُها من الأحكام يثبُتُ مع الشبهة.

قال: (**وتُقْبَلُ شَهادَةُ النِّساءِ وَحْدَهُنَّ فيما لا يَطَّلِـعُ عليه الرّجالُ، كالوِلادَةِ والبَكارَةِ وعُيُوبِ النِّساءِ**) قال عليه السلام: «شَهادةُ النساء جائزةٌ فيما لا يطَّلعُ عليه الرجال»[(٣)]، ولأنه لا بدَّ من ثُبوت هٰذه

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤١٦)، والدارقطني (٤٥٥٩) من طريق الحجاج بن أرطاة، عن عطاء بن أبي رباح، عن عمر بن الخطاب قال: أجاز شهادة رجل مع نساء في نكاحٍ. وفي إسناده الحجاج وهو مدلس وقد عنعن.

وأخرج عبد الرزاق (١٥٤٠١) عن الثوري، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي قال: تجوز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والطلاق.

(٢) في (م): تنجبر، والمثبت من (س).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٥٤٢٥) عن أبي بكر بن أبي سبرة، عن موسى بن عقبة، عن القعقاع بن حكيم، عن ابن عمر قال: لا تجوز شهادة النساء إلا على ما لا يطلع عليه إلا هُنَّ من عورات النساء، وما يشبه ذٰلك من حملهن وحيضهن.=

. . . .

الأحكام، ولا يمكنُ الرجالُ الاطلاعَ عليها، وإنما يطَّلعُ عليها النساءُ على الانفراد، فوجب قَبولُ شهادَتِهنَّ على الانفراد تحصيلاً للمصلحة.

وتُقبل شهادةُ امرأةٍ واحدةٍ، لما روي أنه عليه السلام قَبِل شهادةَ امرأةٍ واحدةٍ في الولادة[1]، ولأن ما يُقبَل فيه قولُ النساء على الانفراد

= وأخرجه عبد الرزاق (١٥٤٢٧) عن ابن جريج، قال ابن شهاب: مضت السنة في أن تجوز شهادة النساء ليس معهن رجل فيما يلين من ولادة المرأة، واستهلال الجنين، وفي غير ذلك من أمر النساء الذي لا يطلع عليه ولا يليه إلا هن، فإذا شهدت المرأة المسلمة التي تقبل النساء فما فوق المرأة الواحدة في استهلال الجنين جازت.

وأخرجه عبد الرزاق (١٥٤٢٣) عن أشعث، عن الشعبي والحسن قالا: تجوز شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال.

وأخرجه عبد الرزاق (١٥٤٢٢) عن عبد الله، عن شعبة، عن أبي البختري قال: سمعت الشعبي يقول: تجوز من شهادة النساء على ما لا يراه الرجال أربعة.

وأخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ١٨٥ عن عيسى بن يونس، عن الأوزاعي، عن الزهري، قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال، وامرأتان فيما سوى ذلك.

وأخرجه ابن أبي شيبة ٦/١٨٦ عن وكيع، عن سفيان، عن حماد، عن إبراهيم، وعن يونس عن الحسن، وعن أشعث عن الشعبي قالوا: تجوز شهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه الرجال.

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٩٨٦)، والدارقطني (٤٥٥٨) عن الثوري، عن جابر الجعفي، عن عبد الله بن نُجي، عن علي: أنه أجازوا شهادة امرأة واحدة في الاستهلال. وإسناده ضعيف لضعف الجعفي وابن نجي. =

وتُقْبَلُ شهادَتُهُنَّ في استِهلالِ الصَّبيّ في حَقّ الصَّلاةِ دُونَ الإرثِ (سم).

لا يُعتَبر فيه العدد، كرواية الأخبار، والثنتان أحْوَطُ، والثلاثُ أحبُّ إليَّ، وبالأربعِ يخرجُ عن الخلاف. وأحكامُ الشهادةِ في الولادة تُعرَفُ في الطلاق إن شاء الله تعالى.

وأما البَكارةُ فإن العِنّين يؤجَّلُ سنةً، ويفرَّقُ بينهما بعدَها إذا قلنا إنها بِكْرٌ. وهل يُشتَرط في ذٰلك لفظةُ الشهادة؟ لا يُشتَرَطُ عند مشايخ العراق، ويُشترط عندَ مشايخ خُراسان، لأنها تُوجِبُ حقاً على الغير، فكانت شهادةً.

قال: (**وتُقْبَلُ شهادَتُهُنَّ في استِهلالِ الصَّبيّ في حَقّ الصَّلاةِ دُونَ الإرثِ**) أما الصلاةُ فبالإجماع لأنها من أمور الدِّين، وأما الإرثُ فمذهبُه. وقالا: تُقبلُ أيضاً، لأن الاستهلالَ صوتٌ يكون عَقِيب الولادة، وتلك حالةٌ لا يحضُرُها الرجال، فدعت الضَّرورةُ إلى قَبول شهادَتِهنَّ لما مرّ. ولأبي حنيفة: أن ذٰلك مما يطَّلعُ عليه الرجالُ. لأنه يحِلُّ لهم سَماعُ صوتِه، فلا ضَرورةَ في حقِّ ثبوت النَّسب والمهر.

= وأخرج الدارقطني (٤٥٥٧) من طريق أبي عبد الرحمٰن المدائني، عن الأعمش، عن أبي وائل، عن حذيفة: أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة القابلة. وإسناده ضعيف لجهالة أبي عبد الرحمٰن المدائني.

انظر مصنف عبد الرزاق ٨/ ٣٣٢ وما بعدها.

وانظر تخريج الحديث السالف.

ولا بُدَّ مِنَ العَدَالَةِ ولَفظِ الشَّهادَةِ والحُرِّيَّةِ والإسلامِ، . . . .

وكذا لا يُقبَل في الرَّضَاع شهادةُ النساء منفرداتٍ، لأن الحُرمةَ متى ثبتت ترتَّب عليها زوالُ مُلْكِ النكاح، وإبطال الملكِ لا يَثبُتُ إلا بشهادةِ الرجال، ولأنه مما يمكنُ اطلاعُ الرجال عليه، فلا ضَرورةَ.

قال: (**ولا بُدَّ مِنَ العَدَالَةِ ولَفْظِ**[1] **الشَّهادَةِ والحُرِّيَّةِ والإسلامِ**) أما العدالةُ فلقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والفاسقُ ليس بمَرْضِيٍّ، ولأن الحاكم يحكمُ بقول الشاهدِ وينفِّذُه في حقِّ الغير، فيجبُ أن يكون قولُه يغلبُ على ظنِّ الحاكم الصِّدقَ، ولا يكون ذلك إلا بالعدالة، إلا أن القاضي إذا قَضَى بشهادةِ الفاسق ينفُذُ عندنا.

وأما لفظُ الشهادة فلقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ﴾، وإنه صريحٌ في طلب الشهادة، فيجبُ عليه الإتيانُ بلفظها، ولأن الشهادةَ من ألفاظ اليمين على ما يأتيك في الأيمان، فيكون الامتناعُ عنها على تقدير الكذبِ أكثرَ، ولأن القياس ينفي قَبول قول الإنسان على الغير، لما فيه من إلزامِه، إلا أنا قبِلْناه في موضعٍ وَرَدَ الشرعُ، وأنه ورَدَ مقروناً بالشهادة.

وأما الحريةُ فلأن الشهادةَ من باب الوِلاية، ولا ولايةَ للعبد على نفسِه، فكيف على غيره؟.

---

(١) في (م): «ولفظة».

ويُقْتَصَرُ في المُسلِمِ على ظاهِرِ عَدالَتِه (سم ف)، إلاَّ في الحُدُودِ والقِصَاصِ، فإن طَعَنَ الخَصْمُ فيهِ سألَ عنه. وقالا: يُسأَلُ عنهم في جَمِيع الحُقُوقِ سِرّاً وعَلانِيَةً، وعليه الفَتوَى، . . . .

وأما الإسلامُ فلقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

(ويُقْتَصَرُ في المُسلِمِ على ظاهِرِ عَدالَتِه إلاَّ في الحُدُودِ والقِصَاصِ، فإن طَعَنَ الخَصْمُ فيهِ سألَ عنه. وقالا: يُسأَلُ عنهم في جَمِيع الحُقُوقِ سِرّاً وعَلانِيَةً، وعليه الفَتوَى) وجه قول أبي حنيفة: قولُه عليه السلام: «المسلمون عُدُولٌ بعضُهم على بعض إلا محدوداً في قَذْفٍ»[(١)]، وفي كتاب عمر رضي الله عنه: المسلمون عُدولٌ بعضُهم على بعض إلا محدوداً حقاً أو مجرَّباً عليه شهادةُ زُورٍ أو ظَنِيناً في ولاءٍ أو قَرابة[(٢)]. ولأن العدالةَ هي الأصلُ لأنه وُلِدَ غيرَ فاسقٍ، والفِسقُ أمرٌ طارئٌ مظنونٌ، فلا يجوز تركُ الأصل بالظَّنِّ. ولا يلزمُ الحدودَ والقِصاصَ لأنه كما أن الأصلَ في الشاهد العدالةُ، كذٰلك الأصلُ في المشهود عليه العدالةُ، والشاهدُ وَصَفَه بالزِّنى والقَتْل، فتَقَابَلَ الأصلان، فرجَّحْنا

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ١٧٢ عن عبد الرحيم بن سليمان، عن حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية. وحجاج ـ وهو ابن أرطاة ـ مدلس، وقد عنعن.

وهو أيضاً قطعة من كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري، وقد سلف تخريجه ص٢٠٩.

(٢) سلف تخريجه ص٢٠٩.

بالعدالة الباطنةِ، ولأن الحدود مبناها على الإسقاط، فيُسأل عنهم احتيالاً للدَّرْء. ولهما: أن الحاكم يجبُ أن يحتاط في حُكمِه صيانةً له عن النقض، وذٰلك بسؤال السرِّ والعلانيةِ.

(ولوِ اكْتَفَى بالسِّرّ جاز) قال أبو بكر الرازي: لا خلافَ بينهم في الحقيقة، فإن أبا حنيفةَ أفتى في زمانٍ كانت العدالةُ ظاهرةً، والنبيّ عليه السلام عدَّل أهلَه فقال: «خيرُ القُرون قرني الذي أنا فيهم، ثم الذين يَلُونَهم، ثم الذين يَلُونَهم، ثم يفشو الكَذِبُ»[1] فاكتَفَى بتعديل النبيّ

(١) أخرجه من حديث عمران بن حصين البخاري (٢٦٥١)، ومسلم (٢٥٣٥)، وهو في «المسند» (١٩٨٢٠)، و«صحيح ابن حبان» (٧٢٢٩) ولفظه: «خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم» ثم قال: «إن بعدكم قوماً يخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون، وينذرون ولا يفون، ويظهر فيهم السمن».

وأخرجه من حديث ابن مسعود البخاري (٢٦٥٢)، ومسلم (٢٥٣٣)، وهو في «المسند» (٣٥٩٤)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٢٨). ولفظه: «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء أقوام تسبق شهادةُ أحدهم يمينَه ويمينُه شهادتَه».

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة انظرها عند حديث ابن مسعود في «المسند».

وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» (٧٢٥٤) من حديث عمر بن الخطاب قال: قام فينا رسولُ الله ﷺ مقامي فيكم، فقال: «استوصوا بأصحابي خيراً، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب، حتى إن الرجل ليبتدئ بالشهادة قبل أن يُسألها، وباليمين قبل أن يُسألها...» الحديث. وهو صحيح. =

ولا بُدَّ أن يَقُولَ المُزَكِّي: هو عَدْلٌ (ف) جائزُ الشَّهَادَةِ، . . . .

عليه السلام، وفي زمنهما فَشَا الكذبُ فاحتاجا إلى السؤال، ولو كانا في زمنه ما سألا، ولو كان في زَمنِهما لسأل، فلهٰذا قلنا: الفتوى على قولِهما، ولقد تَصَفَّحتُ[1] كثيراً من كُتُب أبي بكر الرازي فما رأيتُه رجَّح على قول أبي حنيفةَ قولَ غيرِه إلا في هٰذه المسألة، وإنما رَجَّح قولهما لما رأى من فساد أهلِ الزمان، وقلَّةِ مبالاتهم بالأمور الدَّينية، وكان يقول: ينبغي للحاكِم أن ينقِّبَ عن أحوال الشهود في كلِّ ستة أشهرٍ، لأنه قد يَطْرَأ على الشاهد في هٰذه المدَّة ما يُخرجُه عن أهليَّة الشهادة.

قال: **(ولا بدَّ أن يقول المزكِّي: هو عَدْلٌ جائزُ الشهادة)** لأن العبد عدلٌ غيرُ جائز الشهادة. وقيل يُكتَفَى بقوله: هو عدلٌ، لأن الأصل هو الحريَّةُ تَبَعاً للدار، وإن لم يكن عدلاً عندَه قال: الله أعلمُ بحالِه. وقد كانوا يكتفون بتزكيةِ العلانيَةِ، ثم انضمَّ إليها تزكيةُ السِّرِّ في زماننا لاختلاف الزمان، ثم قيل: يُكتَفَى بتزكية السِّرِّ تحرُّزاً عن الفتنة. قال محمد: تزكيةُ العلانية بلاءٌ وفتنةٌ، ثم لا بدَّ في تزكية العلانية أن يَجمَع بين المزكِّي والشاهدِ لتنتفي شبهةُ تعديل غيرِه، وتزكيةِ السِّرِّ أن يَبعثَ

= وأخرجه ابن ماجه (٢٣٦٣)، وابن حبان في «صحيحه» (٦٧٢٨) من حديث جابر بن سمرة ولفظه: «أحسنوا إلى أصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل على اليمين لا يُسألها. . .» الحديث. وهو صحيح.

(١) في (م) تفحَّصتُ، والمثبت من (س).

ولا تُقْبَلُ تَزكِيَةُ المُدَّعَى عليه (سم)، ....

رقْعةً مختومةً إلى المزكِّي، فيها اسمُ الشاهد ونَسَبُه وحِلْيتُه ومصلاَّه، ويردُّها المزكِّي كذٰلك سرّاً.

وينبغي للقاضي أن يختارَ للمسألة عن الشهود أوثَقَ الناس، وأورَعَهم ديانةً، وأعظمَهم أمانةً، وأكثرَهم بالناس خِبرةً، وأعلَمَهم بالتمييز، غيرَ معروفين بين الناس لئلا يُقصَدوا بسُوء أو يُخدَعوا. وينبغي للمزكِّي أن يسأل عن أحوال الشهود، ويتعرَّفَها من جيرانهم وأهلِ سُوقهم، فإن ظهرت عدالتُه عندَه كَتَبَ ذٰلك في آخر الرقعة: هو عدلٌ عندي جائزُ الشَّهادةِ، وإلا كَتَب: إنه غيرُ عدلٍ، وخَتَم الرقعةَ ورَدَّها، فيقول القاضي للمدَّعِي: زِدْ في شهودِكَ، ولا يقول: جُرِّحوا. ويُقبَل في تزكية السِّرِّ قولُ الولد والوالدِ، وكلِّ ذي رَحِمٍ، والعبدِ، والأعمى، والمحدودِ في القذف لأنها أخبارٌ، خلافاً لمحمد، فإنها شهادةٌ عنده، بخلاف تزكيةِ العلانية، فإنها شهادةٌ بالإجماع.

والشهودُ الكفارُ يعدِّلُهم المسلمون، فإن لم يعرفْهم المسلمون يسألِ المسلمين عن عُدول المشركين، ثم يسألْ أولٰئك عن الشهود.

قال: (**ولا تُقْبَلُ تَزكِيَةُ المُدَّعَى عليه**) ومعناه: أن يقول: هم عدولٌ إلا أنهم أخطؤوا أو نَسُوا، أما لو قال: صَدَقوا، أو هم عُدولٌ، صدَّقه، فقد اعتَرَفَ بالحقِّ، فيُقضَى بإقرارِه لا بالبينة، لأن البينةَ عند الجُحود، وقيل: يجوزُ تعديلُه. ووجه الظاهر أن المدَّعِي والشهودَ يزعُمونَه كاذباً في إنكارِه، مبطِلاً في جُحوده، فلا يصلُح مزكِّياً.

وتَكْفِي تَزكِيَةُ الواحِدِ (ف).

فصل

ويجُوزُ أن يَشْهَدَ بِكُلّ ما سَمِعَه أو أبصَرَه مِنَ الحُقُوقِ والعُقُودِ، وإن لم يُشْهَد عليه إلاَّ الشَّهادَةَ على الشَّهادَةِ فإنَّه لا يَجُوزُ أن يَشْهَدَ على شَهادَةِ غيرِه ما لم يُشْهِدْهُ (ف)، ....

قال: (وتَكْفِي تَزكِيَةُ الواحِدِ) وعن محمد: اثنين، وهو أولى، وكذا المترجِمُ ورسولُ القاضي إلى المزكِّين. لمحمد: أن حُكمَ القاضي مبنيٌّ على العدالة، وذلك بالتزكية، فيُشترَط الاثنان كالشهادة، ويُشترط عنده ذُكورةُ المزكِّي في الحدود، والأربعةِ في شُهود الزِّنى لما بينا. ولهما أنها ليست في معنى الشهادةِ، حتى لا يشترطُ فيها لفظةُ الشهادة ومجلسُ الحُكم. واشتراطُ العدد في الشهادة أمرٌ تعبُّديٌّ، فلا يتعداها.

فصل

(ويجُوزُ أن يَشْهَدَ بِكُلّ ما سَمِعَه أو أبصَرَه مِنَ الحُقُوقِ والعُقُودِ وإن لم يُشْهَد عليه) لأنه عَلِمَ الموجِبَ وتيقَّنَه. قال عليه السلام: «إن علِمتَ مثلَ الشمس فاشهدْ»[1]، ويقولُ: أشهدُ بكذا، لأنه عَلِمَه، ولا يقول: أشهدَني فإنه كَذِب.

قال: (إلاَّ الشَّهادَةَ على الشَّهادَةِ، فإنَّه لا يَجُوزُ أن يَشْهَدَ على شَهادَةِ غيرِه ما لم يُشْهِدْهُ) لأن الشهادةَ ليست موجبةً إلا بالنقل إلى مجلس

---

(١) سلف تخريجه ص٣٣٦.

ولا يَجُوزُ أن يَشْهَدَ بما لم يُعايِنْهُ إلاَّ النَّسَبَ والمَوتَ والدُّخولَ والنِّكاحَ ووِلايَةَ القاضِي وأصلَ الوَقْفِ.

الحُكم، ولا يكون ذلك إلا بالتحميل[1]. ولو سمعَه يُشهِدُ غيرَه على شهادته لا يسَعُه أن يَشهدَ، لأنه ما حمَّلَه. وتجوزُ شهادةُ المختَبِئ، وهو أن يُقِرَّ الرجلُ بحقٍّ والشهودُ مختبئون في بيتٍ يسمعون إقرارَه، فإنه يحِلُّ لهم الشهادةُ إذا كانوا يرَون وجهَه ويعرِفونَه، وإن لم يروه[2] لا يحلُّ لهم إلا إذا علِموا أن ليس في البيت غيرُه، فيحلُّ لهم، وكذا إذا سمِعوا صوتَ امرأةٍ من وراء حجاب.

قال: (**ولا يَجُوزُ أن يَشْهَدَ بما لم يُعايِنْهُ إلاَّ النَّسَبَ والمَوتَ والدُّخولَ والنِّكاحَ ووِلايَـةَ القاضِي وأصلَ الوَقْفِ**) والقياسُ أن لا يجوزَ، لأن الشهادةَ من المشاهدةِ وهي المعاينةُ، ولم تُوجد. وجه الاستحسان: أن هٰذه الأشياءَ تُباشَرُ بحضور جماعةٍ مخصوصِين، وتتعلَّقُ بها أحكامٌ مستمرَّةٌ، فأقيمتِ الشُّهرةُ والاستفاضةُ مقامَ العِيان والمشاهدةِ كيلا تتعطَّل هٰذه الأحكامُ، وعلى هٰذا الناسُ من الصَّدْر الأوّل إلى يومنا هٰذا، ألا ترى بأنا نشهدُ أن عائشةَ زوجُ النبيِّ ﷺ، وكذٰلك سائرُ زوجاتِه، وفاطمةَ زوجةُ عليٍّ رضي الله عنهما، وغيرَ ذٰلك، ونشهد بنسبِ النبيِّ ﷺ وأصحابِه، ونشهدُ بقضاء شُريحٍ وابنِ أبي ليلى وأبي يوسُفَ، ونشهدُ بموتِ الخلفاءِ الراشِدين وغيرهم،

---

(١) في (م): بالتحمُّل، والمثبت من (س).

(٢) في الأصلين: يرونه، والجادة ما أثبتنا.

. . . .

والشُّهرةُ إنما تكون إما بالتواتُر أو بإخبار من يَثِقُ به، حتى لو أخبره واحدٌ يثقُ به جاز.

واشترط بعضُهم رجلين، أو رجلاً وامرأتين. وقيل: يُكتَفى في الموت بشهادة الواحد، لأنه قَلَّ ما يحضُره غيرُ الواحد.

وإذا رأى رجلاً يجلسُ للقضاء ويدخُل عليه الخُصوم حلَّ له الشهادةُ بولايته، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأةً يسكنان في بيتٍ واحد، ويتعاشران معاشرةَ الأزواج حلَّ له الشهادةُ بالنكاح بينهما، كما إذا رأى عيناً في يد رجلٍ.

وأما الوقفُ فالصحيح ما ذكرنا أنه يجوزُ على أصلِه دون شرطِه، لأن الأصل هو الذي يشتهرُ، فلو لم تَجُزِ الشهادةُ عليه أدَّى إلى استهلاك الأوقاف القديمة. وكذلك الولاءُ عند أبي يوسف كما في النسب، قال عليه السلام: «الولاءُ لُحمَةٌ كلُحْمَةِ النسب»[1]، ولأنا نشهد أن ثوبانَ مولى رسول الله ﷺ، وبلالاً مولى أبي بكر رضي الله عنه، إلى غير ذلك، ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لأن الخبر لا يشتهِرُ، لأنه مبنيٌّ على الإعتاق، وذلك يكون بحضرة من لا يشتهرُ غالباً، وصار كالعِتاق والطلاق، والمرادُ بالحديث أنه مِثلُهُ لا يُباع ولا يوهَب.

---

(١) أخرجه من حديث ابن عمر الشافعي في «مسنده» ٢/ ٧٢-٧٣، وابن حبان في «صحيحه» (٤٩٥٠)، والحاكم ٤/ ٣٤١، والبيهقي ١٠/ ٢٩٢. وإسناده صحيح. وانظر تمام تخريجه عند ابن حبان.

وله شاهد من حديث علي، أخرجه البيهقي ١٠/ ٢٩٤، وإسناده صحيح.

ويجُوزُ أن يَشْهَدَ على المِلْكِ المُطْلَقِ فيما سِوَى العَبدِ والأَمَةِ، وإذا رأى الشَّاهِدُ خَطَّهُ لا يَشْهَدُ ما لم يَذْكُرِ الحادِثَةَ. . . . .

وينبغي للشاهد أن يُطلِقَ الشهادةَ عند القاضي، حتى لو فسَّرها وقال: إنه شهد بالتسامع، لا يقبلُها، وكذٰلك في الشهادة باليد لا يفسِّرُها.

قال: (**ويجُوزُ أن يَشْهَدَ على المِلْكِ المُطْلَقِ فيما سِوَى العَبدِ والأَمَةِ**) لأن اليد دليلُ الملك، وهي المرجعُ في الأسباب، كالبيعِ والهبةِ والوصيةِ والإرثِ وغيرها. واشترط أبو يوسف أن يقعَ في قلبه أنه له، ويجوز أن يكون تفسيراً للأوّل. واشترط الخَصَّافُ التصرُّف مع اليد، فإن اليد تتنوَّعُ. قلنا: والتصرّفُ أيضاً يتنوّع إلى أمانةٍ وملكٍ، وإنما يحِلُّ له ذٰلك إذا عايَنَ الملكَ والمالِكَ، أو عاين الملكَ وحدَه وعَرَفَ المالكَ بالاشتهار بنسبه، أما إذا عاينَ المالكَ وحدَه لا يحلُّ له، وهٰذا بخلاف العبدِ والأمةِ، لأن الحُرَّ يُستخدَم كما يُستخدم العبد كالأجير الخاصِّ ونحوِه، فلا تكون اليدُ دليلاً حتى يعلَمَ أنه رقيق، فيجوز أن يشهد أنه له باليد، لأن الرقيق لا يكون في يدِ نفسِه، وكذٰلك إن كانا صغيرين لا يعبِّران عن أنفسهما يجوزُ أن يشهد وإن لم يعرف رِقَّهما، لأنه لا يدَ لهما بخلاف الكبيرين.

قال: (**وإذا رأى الشَّاهِدُ خَطَّهُ لا يَشْهَدُ ما لم يَذْكُرِ الحادِثَةَ**) وهٰكذا القاضي والراوي، لأن الخطَّ يشبه الخطَّ، فلا يحصُل العلم، قالوا: وهٰذا عند أبي حنيفةَ، وقيل: هو إجماع، وإنما الخلافُ إذا وَجَد

القاضي القضيةَ في ديوانِه تحت خَتْمِه، وكذا إذا رأى الشاهدُ رقم شهادتِه عنده تحت ختمِه، وكذلك الراوي فيجوز عندهما وإن لم يذكر الحادثة، لوقوع الأمنِ من الزيادةِ والنقصان. أما ما كان في الصَّكِّ بيد الخَصم وليس عنده نسختُه لا يجوز لما بينا، وعند أبي حنيفةَ لا يجوز ما لم يَذكُرِ الحادثةَ[1]، قال عليه السلام: «إن علمتَ مثلَ الشمس فاشهد، وإلا فَدَعْ»[2]، ولا عِلْمَ مع النسيان.

وشرطُ حِلِّ الرواية عنده أن يحفَظَ من حين سَمِع إلى أن يروي، ولهٰذا قلَّتْ روايةُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه. وكذا إذا ذَكَر المجلس الذي كان فيه الحادثةُ أو أخبَرَه بها من يثقُ به لا يحِلُّ له ما لم يذكرها.

قال: (**وشاهِدُ الزُّورِ يُشَهَّرُ ولا يُعَزَّرُ**) وقالا: يوجِعُه ضرباً ويحبسُه، لما روي أن عمر رضي الله عنه ضَرَبَ شاهدَ الزور أربعين سوطاً وسَخَّم وجهه[3]، ولأنها إضرارٌ بالناس وليس فيها حدٌّ فيعزِّرُه.

---

(١) «الحادثة»: ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) سلف تخريجه ص٣٣٦.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٣٩٢) عن محمد بن راشد، سمعت مكحولاً يحدث عن الوليد بن أبي مالك: أن عمر بن الخطاب كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور أن يجلد أربعين جلدة، وأن يسخم وجهه، وأن يحلق رأسه، وأن يطال حبسه.

وأخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ٤١ و٥٨ عن أبي خالد، عن حجاج بن أرطاة، عن مكحول، عن الوليد بن أبي مالك قال: كتب عمر بن الخطاب في شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه، ويطاف به، ويطال حبسه.=

وتُعتَبَرُ مُوافَقَةُ الشَّهادَةِ الدَّعوَى، ويُعتبَرُ اتِّفاقُ الشَّاهدَينِ في اللَّفظِ والمَعنَى (سم)، فلو شَهِدَ أحدُهُما بألفٍ والآخَرُ بألفَينِ لم تُقْبَلْ (سم)، . . . .

ولأبي حنيفة: أن الزَّجر يحصُلُ بالتشهيرِ، والضربُ وإن كان أزجَرَ لٰكنه يمنعُ من الرجوع[1]، وفعلُ عمر كان سياسةً، ولهٰذا بلَغَ الأربعين وسَخَّم. والتشهير: أن يبعثه القاضي إلى أهلِه أو سُوقِه أجمَعَ ما يكونون، ويقول: القاضي يُقرِئُكم السلام ويقول: إنَّا وجدنا هٰذا شاهدَ زُورٍ، فاحذَروه وحذِّروه الناسَ، منقولٌ ذٰلك عن شُرَيح. وعنهما: أنه يفعلُ ذٰلك مع الضرب.

قال: **(وتُعتَبَرُ مُوافَقَةُ الشَّهادَةِ الدَّعوَى)** لأن الشهادة لا تُقبل إلا بعدَ الدعوى، فإن لم توافقها فقد انعَدَمت.

(ويُعتَبَرُ اتِّفاقُ الشَّاهدَينِ في اللَّفظِ والمَعنَى، فلو شَهِدَ أحدُهُما بألفٍ والآخَرُ بألفَينِ لم تُقْبَلْ) وقالا: تقبلُ على الألف إذا ادّعى المدّعي ألفين لأنهما اتفقا على الألف، وتفرّد أحدُهما بزيادةٍ فيثبتُ ما اتفقا عليه، كما إذا شهد أحدُهما بألفٍ والآخرُ بألف وخمسِ مئةٍ، فإنه يقضي بالألف، كذا هٰذا، وعلى هٰذا الطَّلقةُ والطلقتين. ولأبي حنيفة أنه وُجد

= وأخرجه البيهقي ١٠/ ١٤١-١٤٢ من طريق أبي بكر، عن مكحول وعطية ابن قيس: أن عمر بن الخطاب. . . فذكره نحو سابقه.

وأخرجه البيهقي ١٠/ ١٤٢ من طريق أبي شهاب، عن حجاج بن أرطاة، عن مكحول: أن عمر بن الخطاب. . . فذكره.

قوله: «وسَخَّم وجهه»، أي: سوَّده.

(١) أي رجوعه عن شهادته، قال الإمام العيني في «البناية» ٩/ ١٩٧: فإنه إذا تصور الضرب يخاف، فلا يرجع، وفيه تضييع للحقوق.

ولو شَهِدا على سَرِقَةِ بَقَرَةٍ واختَلَفا في لَونِها قُطِعَ (سم)، وإنِ اختَلَفا في الأُنُوثَةِ والذُّكُورَةِ لم يُقْطَعْ. . . . .

الاختلافُ لفظاً، وأنه دليلُ الاختلاف معنىً، لأن معنى الألف غيرُ معنى الألفين، وهما جملتان متغايرتان حصل على كلٍّ واحدةٍ شاهدٌ واحدٌ، فلا تُقبَل كاختلاف الجنس، بخلاف ما ذَكَرا، لأنهما اتفقا على الألف لفظاً ومعنىً، لأنه عَطَفَ الخمسَ مئة على الألف، والعطفُ يُقرِّرُ المعطوفَ عليه، ومثله الطلقةُ والطلقةُ والنصفُ، بخلاف العشرةِ والخمسة عَشَر، لأنه ليس بعطفٍ، فهو نظير الألف والألفين، والعشرون والخمس والعشرون نظيرُ الألف والألفِ والخمسِ مئة، ولو كان المدّعي ادّعى الأقلَّ لا تُقبل الشهادةُ في المسائل كلها، لأنه يكذِّبُ أحدَ شاهديه، ولو قال: كان حقي ألفاً وخمسَ مئةٍ فقبضتُ خمسَ مئةٍ أو أبْرَأتُه عنها، قُبِل للتوفيق، وإن شهدا بألفٍ فقال أحدُهما: قضاه منها خمسَ مئةٍ قُضِي بالألف لاتفاقهما عليها، ولا يثبتُ القضاء لأنها شهادةُ واحد، فلو شهد آخرُ ثَبَتَ، وينبغي للشاهد إذا علمَ ذلك أن لا يشهدَ بالألف حتى يعترفَ المدّعي بالقبض ليظهر الحقُّ ولا يُعين على الظلم.

قال: (**ولو شَهِدا على سَرِقَةِ بَقَرَةٍ واختَلَفا في لَونِها قُطِعَ، وإنِ اختَلَفا في الأُنُوثَةِ والذُّكُورَةِ لم يُقْطَعْ**) وقالا: لا يُقطَع فيهما لأن المشهود به مختَلِفٌ، ولم يقم على كلٍّ واحدٍ شاهدان، وصار كالمسألة الثانية. وله أن اشتمالَ البقرة على اللونين جائزٌ، فشهد كلُّ واحدٍ على ما رأى في جانبِه وهي حالةُ اشتباه، لأن السرقة تكون ليلاً، والعملُ بالبينة

شَهِدا بِقَتلِ زَيْدٍ يَومَ النَّحرِ بِمَكَّةَ وآخَرانِ بِقَتلِه يَومَ النَّحرِ بالكُوفَةِ رُدَّتا، فإن سَبَقَتْ إحداهُما وقُضِيَ بها بَطَلَتِ الأُخرَى.

ولا تُقْبَلُ شَهادَةَ الأعمَى.....................................

واجبٌ ما أمكن فقُبل، بخلاف الذكورة والأُنوثة لأنهما لا يجتمعان في بقرةٍ، فكانا متغايرَين.

قال: (**شَهِدا بِقَتلِ زَيْدٍ يَومَ النَّحرِ بِمَكَّةَ، وآخَرانِ بِقَتلِه يَومَ النَّحرِ بالكُوفَةِ رُدَّتا**) لأن إحداهما كاذبةٌ بيقين ولا يُدرَى، وليست إحداهما أولى من الأخرى بالرَّدِّ ولا بالقَبول، فيُردَّان.

(**فإن سَبَقَتْ إحداهُما وقُضِيَ بها بَطَلَتِ الأُخرَى**) لأن الأولى ترجَّحت بالقضاء، فلا تُنقَضُ بما هو دونها.

فصل

كلُّ من رُدَّت شَهادتُه للرِّقِّ أو الكُفر أو للصِّبا، ثم زالت هٰذه الموانعُ فأدَّاها قُبلت، ولو رُدَّت لفسقٍ أو زوجيَّةٍ أو العبد لمولاه أو المولى لعبدِه، ثم زالت فأدَّاها لم تُقبَل. والفرق أن الأولى ليست بشهادةٍ لعدم الأهليَّة، فلم يكن الردُّ تكذيباً شرعاً، والثانية شهادةٌ لقيام الأهلية، فكان تكذيباً فلا تُقبل أبداً. ولو تحمَّلها العبدُ لمولاه، أو أحدُ الزوجين للآخر، فأدَّاها بعدَ العِتق والبينونةِ قُبلت، وكذا إن تحمَّلها وهو عبدٌ أو كافرٌ أو صبيٌّ، فأداها بعد زوال هٰذه العَوارِض قُبلت، لأن المعتبَر حالةُ الأداء لما يأتي، ولا مانعَ حالتَئِذٍ.

(**ولا تُقْبَلُ شَهادَةَ الأعمَى**) وقال زفر: تُقبل فيما يجري فيه التسامُعُ، لأنه يَسمَعُ. وقال أبو يوسف: إن كان بصيراً وقتَ التحمُّل تقبَل لوجود

ولا المَحدُودِ (س ز) في قَذْفٍ وإن تابَ، ولو حُدَّ الكافرُ في قَذْفٍ ثُمَّ أسلم قُبلَت شَهادَتُه، ولا تُقْبَلُ الشَّهادَة لِلوَلَدِ وإن سَفَلَ، ولا للوالِدِ وإن عَلا،

العِلم بالنظر، وعند الأداءِ يحتاج إلى القول وهو قادرٌ عليه، ويُعرِّفُه بالنِّسبة كما في الميت. ولنا: أنه لا يقدِرُ على التمييز بين الأشخاص ولا على الإشارة، والنسبةُ لتعريف الغائبِ دونَ الحاضِر. ولو عَمِي بعد الأداء قبلَ القضاء لا يُقضَى بها عندهما، لأن أهلية الشهادةِ شرطٌ وقتَ القضاء ليصيرَ حُجَّةً، كما إذا جُنَّ أو فَسَقَ، بخلاف الموت فإنه منتهى الأهلية، والغيبةُ لا تفوتُ بها الأهلية.

ولا تُقبل شهادةُ الأخرس، لأن الشهادة بالنطق، وهو عاجز عنه.

قال: (ولا المَحدُودِ في قَذْفٍ وإن تابَ) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، ولأنه من تمام الحدِّ، لأنه مانعٌ فيبقى بعد التوبة. أما المحدودُ في غير القذف فالردُّ ليس من الحدِّ وإنما هو للفِسْق، وقد ارتفع بالتوبةِ. والاستثناءُ في الآية منقطعٌ، أو هو مصروفٌ إلى الأقربِ وهو الفسقُ.

(ولو حُدَّ الكافرُ في قَذْفٍ ثُمَّ أسلم قُبلَت شَهادَتُه) لأن بالإسلامِ حدَثَت له شهادةٌ أخرى غيرُ التي كانت قبله، فلا يكون الحدُّ في إسقاط الأولى إسقاطاً في الثانية، لأنها لم تكن موجودةً.

قال: (ولا تُقْبَلُ الشَّهادَة لِلوَلَدِ وإن سَفَلَ، ولا للوالِدِ وإن عَلا) لقوله عليه السلام: «لا تجوزُ شهادةُ الوالد لولدِه، ولا الولدِ لوالدِه، ولا المرأةِ لزوجها ولا الزوجِ لامرأته، ولا العبدِ لسيدِه، ولا السيدِ

. . . .

لعبدِه، ولا الشريكِ لشريكِه، ولا الأجيرِ لمن استأجَرَه»[1] روي ذٰلك بأحاديثَ مختلفةٍ بهٰذه الألفاظ، ولأن المنافعَ بينهم متصلةٌ، حتى لا يجوزُ دفعُ الزكاةِ إليهم، فيكون شهادةً لنفسه من وجه. ومَحْرَمِيَّةُ الرَّضاع لا تَمنَعُ قَبولَ الشهادة، لأنه لا جزئيةَ بينهما فانتفت التهمةُ، وتُقبَل شهادةُ القرابات كالأخ والعمِّ والخال وما سِوى قرابة الوِلاد، لعدم ما ذكرنا.

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٥٠ وقال: روي ذٰلك بأحاديث مختلفة بهٰذه الألفاظ، قال المخرجون: لم نجد شيئاً من ذٰلك عن رسول الله ﷺ، قلت: أخرجه الخصاف في كتاب «أدب القاضي» له: حدثنا صالح ابن رزيق ـ وكان ثقة ـ حدثنا مروان بن معاوية الفزاري، عن يزيد بن أبي زياد الشامي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، عنه ﷺ أنه قال: لا تجوز شهادة الوالد لولده... فذكره. قلنا: يزيد بن أبي زياد الشامي متروك.

وأخرجه عبد الرزاق (١٥٤٧٦)، وابن أبي شيبة ٧/ ٢٠٥ من طريق سفيان الثوري، عن منصور، عن إبراهيم قال: «لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا كل واحد منهما لصاحبه» واللفظ لابن أبي شيبة. ولفظ رواية عبد الرزاق: أربعة لا تجوز شهادتهم: الوالد لولده، والولد لوالده، والمرأة لزوجها، والزوج لامرأته، والعبد لسيده، والسيد لعبده، والشريك لشريكه في الشيء إذا كان بينهما، وأما فيما سوى ذٰلك فشهادته جائزة.

وأخرجه عبد الرزاق (١٥٤٧٤)، وابن أبي شيبة ٧/ ٢٠٤ من طريق الثوري، عن جابر، عن عامر الشعبي، عن شريح قال: لا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب لابنه، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته.

ولا لعبده ولا لِمُكاتَبِهِ، ولا لِلزَّوجِ (ف) والزَّوجَةِ (ف)، ولا أَحَدِ الشَّرِيكَينِ للآخَرِ فيما هو من شرِكَتِهما، ولا شَهادَةُ الأجِيرِ الخاصّ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ مُخَنَّثٍ، ولا نائِحَةٍ، ولا مَن يُغَنِّي للنَّاسِ، . . . .

قال: (**ولا لعبده**) لما روينا، ولأن العبد لا يملِكُ، فتقعُ الشهادةُ لنفسِه.

(**ولا لِمُكاتَبِهِ**) لأن أَكسابَه[1] له من وجه، والعبدُ المديون كالمكاتَب.

قال: (**ولا لِلزَّوجِ والزَّوجَةِ**) لما روينا، ولأن المنافع بينهما متصلةٌ عادةً، فتقعُ لنفسه من وجه.

(**ولا أَحَدِ الشَّرِيكَينِ للآخَرِ فيما هو من شرِكَتِهما**) لما روينا، ولأنها نفع لنفسه.

(**ولا شَهادَةُ الأجِيرِ الخاصِّ**) لما روينا، ولأنه يستحقُّ الأجرةَ في مدّةِ أداء الشهادة، فصار كالمستأجَرِ لأداء الشهادة.

قال: (**ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ مُخَنَّثٍ، ولا نائِحَةٍ، ولا مَن يُغَنِّي للنَّاسِ**) لأن ذٰلك فِسقٌ، لأنه عليه السلام نهى عن صوتَين أحمَقَين: النائحةِ، والمغنِّيةِ[2]. والمرادُ المخنَّثُ الذي يفعل الأفعالَ الرَّديئةَ، وأنه

---

(١) في (م): اكتسابه، والمثبت من (س).

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٠٥) من طريق محمد بن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله، قال: أخذ النبي ﷺ بيد عبد الرحمٰن بن عوف، فانطلق به إلى ابنه إبراهيم، فوجده يجود بنفسه، فأخذه النبي ﷺ فوضعه=

ولا مُدْمنِ الشُّربِ على اللَّهوِ، ولا مَن يَلعَبُ بالطُّيُورِ، ولا مَن يَفْعَلُ كَبيرةً تُوجِبُ الحَدَّ، ولا مَن يأكُل الرّبا، . . . .

معصيةٌ. قال عليه السلام: «لعن الله المؤنَّثاتِ من الرجال، والمذكَّراتِ من النساء»[1] أما اللَّيِّنُ الكلامِ خِلْقَةً تُقبل شهادتُه.

قال: (**ولا مُدْمنِ الشُّربِ على اللَّهوِ**) لأنه محرَّم. وقال محمد: من شرب النبيذَ متأوّلاً قُبِلت شهادتُه ما لم يسكر، أو يكونُ على اللهو.

(**ولا مَن يَلعَبُ بالطُّيُورِ**) لأنه يوجبُ غفلةً، ويطلعُ على العورات بالطلوع إلى السُّطوحات.

قال: (**ولا مَن يَفْعَلُ كَبيرةً تُوجِبُ الحَدَّ**) لفسقِه.

(**ولا مَن يأكُل الرّبا**) لأنه حرامٌ، وشَرَطَ بعضُهم الإدمانَ عليه لأنه قلَّ من يخلو عن العقد الفاسد.

= في حِجره فبكى، فقال له عبد الرحمٰن: أتبكي؟ أو لم تكن نهيت عن البكاء قال: «لا، ولكن نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين: صوتٍ عند مصيبة، خمش وجوه، وشق جيوب، ورَنَّة شيطان». وهو عند البغوي في «شرح السنة» (١٥٣٠) بأطول مما هنا. وإسناده ضعيف لضعف ابن أبي ليلى.

(١) أخرجه بهٰذا اللفظ الطبراني في «الأوسط» (١٦٥٣) من طريق مبارك بن سحيم مولى عبد العزيز بن صهيب، عن عبد العزيز بن صهيب، عن أنس بن مالك مرفوعاً فذكره. ومبارك بن سحيم متروك الحديث.

وفي الصحيح ما يغني عنه من حديث ابن عباس، أخرجه البخاري في «صحيحه» (٥٨٨٦) ولفظه: لعن النبي ﷺ المخنثين من الرِّجال، والمترجلات من النساء. وهو في «المسند» (٢١٢٣). وانظر تمام تخريجه فيه.

ولا مَن يُقامرُ بالشَّطَرَنجِ ولا مَن يَدخُلُ الحَمَّامَ بغَيرِ إزارٍ، ولا مَن يَفعَلُ الأفعالَ المُستَخَفَّةَ كالبَولِ والأكلِ على الطَّريقِ ولا مَن يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ ولا شَهادَةُ العَدُوّ إن كانت العَدَاوَةُ بسَبَبِ الدُّنيا وتُقبَلُ إن كانت بسَبَبِ الدِّينِ

(ولا مَن يُقامرُ بالشَّطَرَنجِ) لأنه حرامٌ، أما نَفْسُ اللعب لا يُسقِطُ العدالة لمكان الاجتهاد، إلا أن تفوتَه الصلاة أو يحلِفَ عليه كذباً.

(ولا مَن يَدخُلُ الحَمَّامَ بغَيرِ إزارٍ) لِفسقِه بإبداء عورتِه.

(ولا مَن يَفعَلُ الأفعالَ المُستَخَفَّةَ كالبَولِ والأكلِ على الطَّريقِ) لأنه يُسقط المروءةَ، فلا يتحاشى عن الكذب، وكذا مَن يمشي في السُّوق بالسراويل وحدَه، وكذلك المُناهَدَةُ[1] مع الابن في السفر لما قلنا.

قال: (ولا مَن يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ) لِفسقِه بخلاف مَن يكتُمُه، ولا الشتَّام للناس والجيران. قال أبو يوسف: لا أُجيزُ شهادةَ من شَتَم أصحابَ رسول الله ﷺ، لأن ذلك فِعْلُ الأسقاط وأوضاع الناس، وأقبلُ شهادةَ الذين تبرَّؤوا منهم، لأنه يَفعلُ ذلك تدُّيناً وإن كان باطلاً.

(ولا شَهادَةُ العَدُوّ إن كانت العَدَاوَةُ بسَبَبِ الدُّنيا) لأنه لا يُؤمَن عليه الكذب.

(وتُقبَلُ إن كانت بسَبَبِ الدِّينِ) لأنه لا يكذِبُ لدِينه كأهل الأهواء.

---

(١) المناهدة: هي إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه، يقال: تناهدوا وناهدوا وناهد بعضهم بعضاً، والمخرَج يقال له: النِّهد، بالكسر. كما في «اللسان».

. . . .

ولا تُقبل شهادةُ تاركِ الجُمَع والجماعات مَجَانة، واشتَرَطَ بعضُهم لذٰلك تَرْكَ الجمعة ثلاثَ مرات، وقال الخَصّاف: مرةً. وإن تَرَكها لعُذرِ مرضٍ، أو بُعدٍ من المِصرِ، أو بتأويلٍ بأن كان يُفَسِّقُ الإمام لا تُردُّ شهادتُه.

ولا تُقبل شهادةُ من يجلسُ مجلسَ الفجور.

قال محمد: العَدْلُ الذي لم يُظْهِرْ ريبَةً. وقال: موسِرٌ أخَّر الزكاة والحجَّ، إن كان صالحاً قُبلت شهادتُه لأنهما لا وقتَ لهما، وما كان له وقتٌ كالصوم والصلاةِ تُردُّ شهادتُه بالتأخير. وقال أبو يوسف: أَقبَلُ شهادةَ الشاعر ما لم يقذِفْ في شِعرِه المحصَنَات، وقال: العَدْلُ: هو الذي غَلَبَتْ حسناتُه على سيئاتِه، ولا يمكن اشتراطُ السلامةَ عن كلِّ مأثَمٍ، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ يُؤَاخِذُ ٱللَّهُ ٱلنَّاسَ بِمَا كَسَبُواْ مَا تَرَكَ عَلَىٰ ظَهْرِهَا مِن دَآبَّةٍ﴾ [فاطر: ٤٥]، وهٰذا يدلُّ على أن العبدَ قلَّ ما يسلَمُ عن ذٰلك.

ولا تُقبَل شهادةُ النخَّاسِين والدَّلالِين لأنهم يكذِبُون. وتُقبَل شهادةُ أهل جميع الصنائِع كلِّها إذا كانوا عُدُولاً إلا إذا كان يجري بينهم الحَلِفُ والأيمانُ الفاجرةُ.

ومن يُجَنُّ ويَفِيقُ فشهادته جائزةٌ حالَ إفاقته.

وتُقبل شهادةُ أهلِ الأهواءِ إلا الخَطَّابيَّة، وهم قومٌ من الرافضةِ يستجيزون الشهادةَ لكل مَن يحلِفُ عندهم، لأنهم يرون حرمةَ الكذب،

وقيل: يرون الشهادةَ لشيعتِهم واجبةً. ولا تُقبَلُ شهادة المجسِّمة[1] لأنهم كَفَرة، ومَن لا يكفُرُ من أهل الأهواء تُقبل شهادتُهم، ألا ترى أن الصحابة اختَلفَوا واقتَتَلوا، وشهادةُ بعضِهم على بعض كانت مقبولةً، وليس ما بين أهل الأهواءِ من الاختلاف أكثرَ ما كان بينهم من القتال، بخلاف الفاسِقِ عَمَلاً لأنه ارتكب محظورَ دِينه فيرتكب الكَذِبَ، وهٰذا يَعتقد ما يفعلُه حقّاً يَدِين به اللهَ تعالى فيمتَنِعُ عن الكذب.

قال: (وتُقبَلُ شَهادَةُ أهلِ الذِّمَّةِ بَعضِهِم على بَعضٍ) لأن الشهادةَ من باب الولاية، وهم من أهل الولاية بعضِهم على بعض، ولهٰذا قلنا: لا تُقبلُ شهادتُهم على المسلم لعدم ولايتِهم عليه وفِسْقِه من حيثُ الاعتقاد، فلا يمنع قَبول شهادته، لأنه يجتنب محرَّمَ دِينِه، والكذب محرّمٌ في جميع الأديان. وعن يحيى بن أكثمَ قال: اجتمعت أقاويلُ السلف على قَبول شهادة النصارى بعضِهم على بعض، فلم أجد أحداً ردَّ شهادَتَهم غيرَ ربيعةَ بنِ عبد الرحمٰن، فإني وجدت عنه روايتين، والنبي ﷺ رَجَمَ يهوديين بشهادةِ اليهود[2]. ومِلَلُهم وإن اختلفت فهم متفقون في الكُفر بالله تعالى وتكذيبِ النبيِّ عليه السلام وتجمَعُهم دارٌ واحدةٌ، بخلاف عدم قَبول شهادة الروم على الهند وبالعكس، لانقطاع الولايةِ باختلاف الدارَين، وبخلاف المُرتدِّ فإنه لا ولايةَ له على أحد.

---

(١) في (س): المجسمية، والمثبت من (م).

(٢) سلف تخريجه ص٢٨٢-٢٨٣.

ولا تُقبَلُ شَهادَةُ المستأمَنِ على الذِّمِّيّ، وتُقبَلُ (ف) شَهادَةُ الذِّمِّيّ عليه، وتُقبَلُ شَهادَةُ الأقلَفِ والخَصِيّ والخُنثَى ووَلَدِ الزِّنى، . . . .

(ولا تُقبَلُ شَهادَةُ المستأمَنِ على الذِّمِّيّ) لعدم الولاية.

(وتُقبَلُ شَهادَةُ الذِّمِّيّ عليه) لأن ولايتَه ثابتة في دارنا على نفسِه وأولادِه الصغار، فتكونُ ثابتةً في جنسه.

قال: (وتُقبَلُ شَهادَةُ الأقلَفِ[1]) لأن تَرْكَ السنة لا يوجبُ الفِسقَ إلا إذا تركه رغبةً عن السنة، ولو تركه بعد ما كَبِر لا يفسُقُ لأنه تركه صيانةً لمهجته لا رغبةً عن السنة.

قال: (والخَصِيّ) لأنه قُطِع عضوٌ منه، فصار كغيره من الأعضاء، وعمرُ رضي الله عنه قَبِل شهادة علقمةَ الخَصِيِّ[2].

قال: (والخُنثَى) لأنه إما رجلٌ أو امرأة.

قال: (ووَلَدِ الزِّنى) لأن فسقَ الأبوين لا يوجبُ فسقَه، ككُفرهما وإسلامِه، إذ الكلامُ في العدل.

---

(١) الأقلف: هو الذي لم يختن.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة ٧/ ٣١١ عن ابن عُلية، عن ابن عون، عن ابن سيرين: أن عمر أجاز شهادة علقمة الخصي على ابن مظعون.

وأخرج أبو نعيم في «الحلية» ٩/ ١٥ من طريق عبد الرحمٰن بن مهدي، عن إسماعيل بن مسلم، عن أبي المتوكل الناجي: أن الجارود شهد على قدامة أنه شرب من الخمر، فسأله عمر هل معك شاهد غيرك؟ قال: لا، قال: ما أراك يا جارود إلا مجلوداً. قال: يشرب ختنك، وأجلد أنا، فقال علقمة الخصي لعمر: أتجوز شهادة الخصي؟ قال: وما بال الخصي لا تقبل شهادته، قال: فإني أشهد أني قد رأيته يقيئها، فقال عمر: ما قاءها حتى شربها، فأقامه، ثم جلده الحد.

والمُعتَبَرُ حالُ الشَّاهِدِ وَقتَ الأدَاءِ لا وَقتَ التَّحمُّلِ. وإذا كانَتِ الحَسَناتُ أكثرَ مِنَ السَّيِّئاتِ قُبِلَت الشَّهادَة.

فصل

. . . .

قال: (**والمُعتَبَرُ حالُ الشَّاهِدِ وَقتَ الأدَاءِ لا وَقتَ التَّحمُّلِ**) لأن العملَ بها والإلزامَ حالةَ الأداء، فتعتَبَرُ الأهليةُ والولايةُ عنده.

قال: (**وإذا كانَتِ الحَسَناتُ أكثرَ مِنَ السَّيِّئاتِ قُبِلَت الشَّهادَة**) لما مرّ، ولا بدَّ من اجتناب الكبائر أجمَعَ غيرَ مصرٍّ على الصغائر، ويكون صلاحُه أكثَرَ من فسادِه، معتاداً الصدقَ، مجتنباً الكذبَ، يخاف هَتْكَ السّتْر، صحيحَ المعاملة في الدينار والدرهم، مؤدِّياً للأمانة، قليلَ اللهو والهَذَيان. قال عمر رضي الله عنه: لا يغرَّنَّكم طَنْطَنَةُ الرجل في صلاته، انظروا إلى حالِه عند درهمِه وديناره. أما الإلمامُ بمعصيةٍ لا يَمنع قَبولَ الشهادة، لما في اعتبار ذٰلك من سدِّ باب الشهادة.

فصل

اعلم أن الجَرْحَ مقدَّمٌ على التعديل، لأن الجارِحَ اعتَمَد دليلاً، وهو العِيان لارتكابه محظورَ دِينه، والمعدِّلُ شهِد بالظاهر ولم يعتمد على دليلٍ، ولو عدَّله واحدٌ وجرحه آخرُ فالجَرح أولى، فإن عدَّله آخرُ فالتعديلُ أولى لأنه حجَّةٌ كاملة، ولو عدَّله جماعةٌ وجَرَحه اثنان فالجَرح أولى لاستوائِهما في الثبوت، لأن زيادةَ العدد لا توجب الترجيح.

ولا يسمع القاضي الشهادةَ على الجَرح قصداً، ولا يحكُمُ بها لأن الحكم للإلزام وأنه يرتفعُ بالتوبة، ولأن فيه هتكاً[1] والسّترُ واجبٌ، ولو شهدوا على إقرار المدّعِي بذٰلك سمِعَها، لأن الإقرارَ يدخُل تحت الحُكم، ويَظهرُ أثرُه في حقِّ المدّعِي، ولو أقام المدّعَى عليه بينةً أن المدّعي استأجَرَ الشهودَ لأداء الشهادة لا تُقبل، لأنها على الجرح خاصةً، إذ لا خصم في إثبات الإجارةِ، حتى لو قال: استأجرَهم بدراهمَ ودفعها إليهم من مالي الذي في يدِه قُبلت لأنه خصمٌ، ثم يثبتُ الجَرحُ بناءً عليه، وكذٰلك لو قال: صالحتُهم على مالٍ دفعتُه إليهم لئلا يشهَدوا بهٰذا الباطل، وطالَبَهم بردِّ ذٰلك المال، وأقامَ البينةَ على ذٰلك لما قلنا، ولو قال: لم أسلِّم المالَ إليهم لم تُقبل، ولو أقام البينةَ أن الشاهد عبدٌ أو محدودٌ في قذفٍ أو شاربُ خمرٍ أو سارقٌ أو شريكُ المدَّعي أو أجيرُه ونحو ذٰلك قُبلت، لأن ذٰلك مما يدخل تحتَ الحكم، لأنه يتضمنُ حقَّ الشرع وهو الحدودُ، أو حقَّ العبد.

قال الخَصَّاف: وأسبابُ الجَرح كثيرةٌ: منها الركوبُ في البحر، والتجارةُ إلى أرض الكفار، وفي قُرى فارسَ وأشباهُه، لأنه خاطَرَ بدِينه ونفسِه حيث سكَنَ دارَ الحرب وكَثَّر سوادَهم لينالَ بذٰلك مالاً، فلا يُؤمَن من أن يكذِبَ بأخذِ المال، وقرى فارسَ يطعِمُونَهم الربا وهم يعلمون.

(**تجُوزُ الشَّهادةُ عَلى الشَّهادةِ فيما لا يَسقُطُ بالشُّبهَةِ**) والأصلُ في

---

(١) في (م): هتكه، والمثبت من (س).

. . . .

جوازها إجماعُ الأُمة على ذٰلك، واحتياجُ الناس إلى إحياءِ الحقوق بذٰلك، لأنه قد يعجِزُ عن الأداء لمرضٍ أو موتٍ أو سفرٍ، فلولا ذٰلك لبطلت حقوقُ الناس. وتجوزُ الشهادة على الشهادة وإن بَعُدَ للحاجة على ما بينا. وعن عليٍّ رضي الله عنه أنه تُقبَل في الشهادة على الشهادةِ شهادةُ رجلين، أو رجلٍ وامرأتين[1]، ولأنه نَقْلُ خبرٍ يثبُتُ به حقُّ المدَّعي، فيجوزُ كالشهادة على الإقرار، وإنما لم تَجُزْ في الحدود والقِصاص لأن مبناها على الإسقاط والدَّرْء، وفي ذٰلك احتيالٌ للثبوت، ولأن فيها شبهةً لزيادةِ احتمال الكذب، أو للبَدَليَّة، والحدودُ تسقُطُ بالشبهات. وتُقبَل على استيفاء الحدود، لأن الاستيفاءَ لا يسقُطُ بالشبهة. وما يُوجب التعزيرَ: عن أبي حنيفة: أنه لا يُقبل كسائر العقوبات، وعن أبي يوسف: أنه يُقبَل، لأن التعزيرَ لا يسقُطُ بالشبهة، لما روي أن النبيّ عليه السلام حَبَس رجلاً بالتُّهمة[2]. والحبسُ تعزير.

---

(١) أخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤٥٠) عن الأسلمي، عن حسين بن ضميرة، عن أبيه، عن جده، عن علي قال: لا تجوز على شهادة الميت إلا رجلان.

وأخرج ابن أبي شيبة ٧/ ٢٦٩ عن إسماعيل الأزرق، عن الشعبي قال: كان يقول: لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٣٠)، والترمذي (١٤١٧)، والنسائي ٨/ ٦٦، وهو في «المسند» (٢٠٠١٩) من طريق معمر، عن بهز بن حكيم بن معاوية، عن أبيه، عن جده. فذكره. وهو حديث حسن. وانظر لفظه وتمام تخريجه فيه.

ولا تَجُوزُ شَهادةُ واحِدٍ على شَهادةِ واحِدٍ، ويجُوزُ شَهادَةُ رجُلَينِ على شَهادةِ رجُلَينِ. وَصفَةُ الإشهادِ أن يقُولَ الأصليُّ: اشهَدْ على شَهادَتِي أنّي أشْهَدُ أنَّ فُلاناً أقَرَّ عِندي بِكذا، ويقُولُ الفرعيُّ عِندَ الأداءِ: أشْهَدُ أنَّ فُلاناً أشهَدَنِي على شهادَتِه أنَّ فُلاناً أقَرَّ عِندَه بِكَذا، وقال لي: اشْهَدْ على شَهادتِي بِذلكَ،

قال: (**ولا تَجُوزُ شَهادةُ واحِدٍ على شَهادةِ واحِدٍ**) لأنه حقٌّ فلا بدَّ من النِّصاب. وعن عليٍّ رضي الله عنه: لا تجوزُ على شهادة رجلٍ إلا شهادةُ رجلين[1].

قال: (**ويجُوزُ شَهادَةُ رجُلَينِ على شَهادةِ رجُلَينِ**) لما روينا من حديث عليٍّ رضي الله عنه أوّلاً، ولأن شهادة كلِّ أصلٍ حقٌّ، فصار كما إذا شهدا بحقَّين.

(**وَصفَةُ الإشهادِ أن يقُولَ الأصليُّ: اشهَدْ على شَهادَتِي أنّي أشْهَدُ أنَّ فُلاناً أقَرَّ عِندي بِكذا**) لأن الفرعَ ينقُلُ شهادةَ الأصلِ، فلا بدَّ من التحميل لما بينا، فيشهدُ كما يشهدُ عند القاضي لينقلَها إليه.

قال: (**ويقُولُ الفرعيُّ عِندَ الأداءِ: أشْهَدُ أنَّ فُلاناً أشهَدَنِي على شهادَتِه أنَّ فُلاناً أقَرَّ عِندَه بِكَذا، وقال لي: اشْهَدْ على شَهادتِي بِذلكَ**) لأنه لا بدَّ من ذِكر شهادَتِه وذكرِ شهادةِ الأصلِ والتحمُّل، وذلك بما ذكرنا، وذكر الخَصَّاف أنه يَحتاجُ إلى أن يأتي بلفظ الشهادة ثمانِ مراتٍ، وهو أن يقول: أشهَدُ أن فلاناً أشهَدَني على شهادتِه وهو يشهَدُ أن فلاناً أقرَّ عنده بكذا وأشهدَه على إقرارِه، وقال لي: اشهَدْ على

---

(١) سلف تخريجه قبل الحديث السالف.

شَهادَتي وأنا أشهدُ بذٰلك. ومن أصحابنا من اكتَفَى بخمسٍ وهو ما ذكرنا أوّلاً. ومنهم من قال: أربع، وهو أن يقول: أشهَدُ أن فلاناً أشهَدَني، وقال لي: اشهَدُ على شَهادتي. ومنهم من قال: ثلاث مرّات، وهو أقلُّ ما قيل فيه، وهو أن يقول: أشهَدُ أن فلاناً قال لي: اشهَدْ على شهادتي، أو أشهَدُ أن فلاناً أشهَدَني على شهادتِه. والأحسن ما ذُكر في الكتاب، والأحوطُ ما ذكره الخَصَّاف، لأن فيه تحرّزاً عن اختلافٍ كثيرٍ بين العلماء يصغُرُ كتابُنا عن استيعابه.

قال: (**ولا تُقبَلُ شَهادةُ شهودِ الفَرْعِ إلاَّ إذا تَعَذَّرَ حُضُورُ الأُصُولِ مَجلِسَ الحُكمِ**) وقال أبو يوسف: تُقبل لأنهم بمنزلةِ المرأتين مع الرجل الثاني، نظراً إلى قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وأجمعنا على جوازِ شهادةِ المرأتين مع وجود الرجل الثاني، فكذٰلك هٰذا. وجهُ الظاهر أن الأصل عدمُ الجواز، وإنما جوّزناها لما ذكرنا من الحاجة، ولا حاجةَ مع حَضْرةِ الأصول، ولأن الفروع إبدالٌ، ولا حكمَ للبَدَل مع وجود الأصل كما في النظائر، وشهادةُ المرأتين ليست بَدَليَّةً، لأن الآية خطابٌ للحكام، كأنه قال لهم: فاطلبوا شهيدَين من رجالكم، فإن لم يكن وَجاءَ رجلٌ وامرأتان تَرْضَونَهم فاقبلوا شهادَتَهم.

والعذرُ: موتٌ أو مرضٌ أو سفرٌ، لأن الحاجة عند تعذُّر شهادةِ الأصول، وذٰلك فيما ذكرنا. وأما الموتُ فظاهرٌ، وأما المرضُ فالمُراد

فإن عَدَّلَهُم شُهُودُ الفَرْعِ جازَ، وإن سَكَتُوا عنهم جازَ، وإذا أنكَرَ شُهُودُ الأصلِ الشَّهادةَ لم تُقبَلْ شَهادةُ الفُرُوعِ، . . . .

به مرضٌ لا يستطيع معه حضورَ مجلس القضاء، وأما السفرُ فمقدَّر بمدة السفر، لأن بُعدَ المسافة عذرٌ، والشرعُ قد اعتبَر ذٰلك في المدةِ، حتى رتَّبَ عليها كثيراً من الأحكام. وقال أبو يوسف: إن أمكَنَه أن يحضُرَ مجلسَ القضاء ويعودَ إلى أهله في يومِه فليس بعُذرٍ، وإن لم يمكنْه ذٰلك فهو عذرٌ، لأن البيتوتةَ في غير أهلِه مشقةٌ. قال أبو الليث: وبه نأخذُ.

قال: (**فإن عَدَّلَهُم شُهُودُ الفَرْعِ جازَ**) لأنهم من أهل التزكية، ومثلُه لو شهد اثنان فزكَّى أحدُهما الآخر جاز، ولا يكون ذٰلك تهمةً في حقِّه، حيث إنه سبَبُ قبولِ قوله، فإن العدل لا يُتَّهم بمثله، ألا ترى أنه لا يُتَّهم في إقامة شهادتِه؟

(**وإن سَكَتُوا عنهم جازَ**) ويسأل القاضي عنهم عند أبي يوسف، لأن الواجبَ عليهم النقلُ دون التعديل، فإذا نقلوها يتعرَّفُ القاضي العدالةَ من غيرهم. وقال محمد: لا تُقبل، لأن الشهادة تَعتمِدُ العدالة، فإذا سكتوا صاروا شاكِّين فيما شهِدوا به، فلا تُقبل.

قال: (**وإذا أنكَرَ شُهُودُ الأصلِ الشَّهادةَ لم تُقبَلْ شَهادةُ الفُرُوعِ**) لأن من شرطها التحميلَ، وقد وقع التعارضُ فيه، فلا يثبُتُ بالشك، ولو ارتدَّ شاهدا الأصل ثم أسلَمَا، لم تُقبل شهادةُ الفروع، لأن بالرِّدَّة بطَلَ الإشهاد. ولو رُدَّت شَهادةُ الفروع لتُهمةٍ في الأصول، ثم تاب الأصولُ لم تُقبل شهادةُ الأصول ولا الفروع، لأن الفروع نَقلوا شهادةَ الأصول،

والتَّعريفُ يَتِمُّ بِذِكرِ الجَدِّ أو الفَخِذِ. والنِّسبةُ إلى المِصْرِ والمَحَلَّةِ الكَبيرةِ عامَّةٌ، وإلى السِّكَّةِ الصَّغيرةِ خاصَّةٌ.

باب الرجوع عن الشهادة

. . . .

فالمردودُ شهادةُ الأصول. ويجوز شهادةُ الابن على شهادة الأب، لأنه لا منفعةَ لأبيه في ذٰلك.

قال: (والتَّعريفُ يَتِمُّ بِذِكرِ الجَدِّ أو الفَخِذِ) لأن التعريف لا بدَّ منه، ولا يحصُل إلا بما ذكرنا، لأن النسبة إلى القبيلةِ كبني تميمٍ لا يحصُل به التعريفُ، لأنهم لا يُحصَون، فلا بدَّ من التعريف بالفَخِذ وهي القبيلةُ الخاصة، وكذا ذِكْرُ الأب، لأن كثيراً مما يقعُ الاشتراكُ في اسم الإنسانِ واسم أبيه، أما الاشتراكُ مع ذٰلك في اسم الجَدِّ فنادرٌ فحصل به التعريف.

(والنِّسبةُ إلى المِصْرِ والمَحَلَّةِ الكَبيرةِ عامَّةٌ)[1] لأنهم لا يُحْصَون (وإلى السِّكَّةِ[2] الصَّغيرةِ خاصَّةٌ).

باب الرجوع عن الشهادة[3]

الأصلُ فيه قولُ عمر رضي الله عنه في (كتاب القاضي): فلا يمنعُك قضاءٌ قَضَيْتَه وراجعتَ فيه نفسَك، وهُدِيتَ فيه لرُشْدِك أن تراجع فيه الحقَّ، فإن الحقَّ قديمٌ لا يبطُلُ، والرجوع إلى الحقِّ خيرٌ من التمادي

---

(١) في (س): عام، والمثبت من (م).

(٢) السِّكَّة: الزُّقاق، جمعه زُقَّان، وأزِقَّة.

(٣) في (س): عنها، والمثبت من (م).

ولا يَصِحُّ إلاَّ في مَجلِسِ الحُكمِ، فإن رَجَعُوا قَبْلَ الحُكمِ بها سَقَطَت، وبَعدَه لم يُفسَخِ الحُكمُ، . . . .

في الباطل[1]. فكذلك الشاهدُ لأن المعنى يجمعُهما، لأن الرجوع عن الشهادةِ الباطلةِ رجوعٌ من الباطل إلى الحقّ، والرجوعُ: قولُه: شهدتُ بزورٍ، وما شابهَه. وأصلٌ آخرُ أن الشاهد بشهادتِه تسبَّب إلى إتلاف المال على المشهودِ عليه بإخراجه من ملكِه يداً وتصرُّفاً، فإن أزاله بغير عِوَضٍ ضَمِن الجميع، وإن كان بعِوَض إن كان مِثْلاً له لا ضمانَ عليه، وإن كان أقلَّ منه ضمِن النقصان، والقاضي مَلْجَأٌ إلى القضاء من جهةِ الشهود، فلا يُضاف الإتلافُ إليه.

قال: (**ولا يَصِحُّ إلاَّ في مَجلِسِ الحُكمِ**) لأنه يحتاجُ فيه إلى حُكم الحاكم بمقتضَى الرجوع، فلا بدَّ من مجلس القاضي كما في الشهادة، ولأنه توبةٌ، والشهادةُ جنايةٌ، فيشترطُ استواؤُهما في الجَهْر والإخفاء.

ولو أقام المشهودُ عليه البينةَ أنهما رَجَعا لم تُقبَل ولا يحلِفان، فإن قال: رجعتُ عند قاضٍ آخرَ كان هٰذا رجوعاً مبتدأً عند القاضي.

قال: (**فإن رَجَعُوا قَبْلَ الحُكمِ بها سَقَطَت**) لأن الحقَّ لا يثبُتُ إلا بالقضاء، والقضاءُ بالشهادةِ، وقد تناقضت.

قال: (**وبَعدَه لم يُفسَخِ الحُكمُ**) لأن الشهادةَ والرجوعَ عنها سواءٌ في احتمال الصدق والكذب، إلا أن الأوّل ترجَّح بالقضاء، فلا يُنقَضُ بالثاني.

---

(١) سلف تخريجه ص٢٠٩.

وضَمِنُوا ما أتلفُوا بشَهادتِهِم، فإن شَهِدوا بِمالٍ فقُضِيَ بِهِ وأخَذَه المُدَّعي، ثُمَّ رَجَعا ضَمِناه لِلمَشهُودِ عليه، فإن رَجَعَ أحَدُهُما ضَمِنَ النِّصفَ، والعِبرَةُ في الرُّجُوعِ مَن بَقي لا مَن رَجَعَ، ولو كانُوا ثَلاثةً فرَجَعَ واحدٌ لا شيءَ عليه، فإن رَجَعَ آخَرُ ضَمِنا النِّصفَ، . . . .

قال: (وضَمِنُوا ما أتلفُوا بشَهادتِهِم) لإقرارهما بسبب الضمان على ما بيَّنَّاه، فلو شهدوا أنه قضاه دَينَه، أو أبرَأَه منه، فقُضي به، ثم رَجَعا ضَمِنا، لما مرَّ.

قال: (فإن شَهِدوا بِمالٍ فقُضِيَ بِهِ وأخَذَه المُدَّعي، ثُمَّ رَجَعا ضَمِناه لِلمَشهُودِ عليه) لوجود التسبُّب على وجه التعدِّي، وأنه موجبٌ للضمان، كحافر البئر، ولا وجه إلى تضمين المدَّعِي لأن الحُكم ماضٍ، ولا يضمنُ القاضي لما بينا، ولأن في تضمينِه منعَ الناس عن تقلُّد القضاء خوفاً من الضمان، ولو شهدا بعينٍ ثم رجعا ضَمِنا قيمتَها، قَبَضَها المشهودُ له، أو لم يقبِضْها، لأنه ملكها بمجرّد القضاء، والدَّين لا يملكُه إلا بالقبض.

قال: (فإن رَجَعَ أحَدُهُما ضَمِنَ النِّصفَ، والعِبرَةُ في الرُّجُوعِ مَن بَقي لا مَن رَجَعَ) ألا ترى أنه إذا بقي مَن يقومُ به الحقُّ لا اعتبارَ برجوع مَن رجع، وقد بقي هنا مَن يقومُ بشهادتِه نصفُ الحقّ، فيضمنُ الراجعُ النصفَ لأنه أتلَفَه.

(ولو كانُوا ثَلاثةً فرَجَعَ واحدٌ لا شيءَ عليه) لبقاء مَن يبقى بشهادتِه جميعُ الحقِّ. (فإن رَجَعَ آخَرُ ضَمِنا النِّصفَ) لما مرَّ.

وإن شَهِدَ رَجُلٌ وامرأتانِ فرَجَعَت واحِدَةٌ فعَلَيها رُبُعُ المالِ، وإن رَجَعَتا ضَمِنَتا نِصفَه. شَهِدَ رَجُلٌ وعَشْرُ نِسوةٍ ثُمَّ رَجَعُوا فعلى الرَّجُلِ السُّدُسُ وعَليهِنَّ خَمسَةُ أسداسِه (سم)، . . . .

قال: (**وإن شَهِدَ رَجُلٌ وامرأتانِ فرَجَعَت واحِدَةٌ فعَلَيها رُبُعُ المالِ، وإن رَجَعَتا ضَمِنَتا نِصفَه. شَهِدَ رَجُلٌ وعَشْرُ نِسوةٍ ثُمَّ رَجَعُوا، فعلى الرَّجُلِ السُّدُسُ وعَليهِنَّ خَمسَةُ أسداسِه**) وقالا: عليه النصفُ وعليهنَّ النصفُ، لأن النساء وإن كَثُرْنَ فهنَّ مقامَ رجل واحد، لأنه لا يثبُتُ بهنَّ إلا نصفُ الحقّ. ولأبي حنيفةَ: أن كلَّ امرأتين مقامَ رجلٍ، قال عليه السلام: «عَدَلَت شهادةُ كلِّ اثنتين بشهادةِ رجلٍ واحد»[1]، فصار كشهادة ستةٍ من الرجال، ولو رجع النساءُ كلُّهنّ فعليهن النصفُ لما قلنا، ولو رجع ثمانٍ لا شيءَ عليهنَّ، ولو رجعت أخرى فعلى الراجعاتِ

---

(١) أخرجه مسلم (٧٩)، وهو في «المسند» (٥٣٤٣) من طريق عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار» وفيه: «أما نقصان العقل، فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل. . .» الحديث.

وأخرجه البخاري (٣٠٤)، ومسلم (٨٠)، وهو عند ابن حبان في «صحيحه» (٥٧٤٤) من حديث أبي سعيد الخدري وفيه: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل». واللفظ للبخاري، وأما مسلم لم يسق لفظه وأحاله على ما قبله وهو حديث ابن عمر.

وكذلك أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ولم يسق لفظه وأحاله على حديث ابن عمر قبله.

ولو شَهِدَ رَجُلانِ وامرأةٌ ثُمَّ رَجَعُوا فالضَّمانُ على الرَّجُلَينِ خاصَّةً. شَهِدا بِنِكاحٍ بِأقَلَّ مِن مَهْرِ المِثْلِ ثُمَّ رَجعا لا ضَمانَ عَليهِما، وإن كانَ بأكْثَرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ ضَمِنا الزّيادَةَ لِلزَّوجِ، وفي الطَّلاقِ إن كانَ قَبلَ الدُّخُولِ ضمِنا نِصْفَ (ف) المَهْرِ، وإن كانَ بَعدَه لم يَضمَنا (ف).

الرُّبُعُ لما مرّ، ولو رجع الرجلُ وثمانُ نسوةٍ فعلى الرجل نصفُ الحقّ، ولا شيءَ على الراجعات، لأنه بقي منهنّ مَن يقوم به نصفُ الحقّ.

(**ولو شَهِدَ رَجُلانِ وامرأةٌ ثُمَّ رَجَعُوا فالضَّمانُ على الرَّجُلَينِ خاصَّةً**) لأن الحقّ ثبتَ بهما دونها.

قال: (**شَهِدا بِنِكاحٍ بِأقَلَّ مِن مَهْرِ المِثْلِ، ثُمَّ رَجعا لا ضَمانَ عَليهِما**) لأن المنافع غيرُ متقوّمةٍ إلا بالتمليك بالعقد، والضمانُ يستدعي المُماثَلَةَ، وإنما يتقومّ بالتمليك بالعقد[1] إظهاراً لخَطَر المَحلّ.

(**وإن كانَ بأكْثَرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ ضَمِنا الزّيادَةَ لِلزَّوجِ**) لأنهما أتلفاها بغير عَوَضٍ.

قال: (**وفي الطَّلاقِ إن كانَ قَبلَ الدُّخُولِ ضمِنا نِصْفَ المَهْرِ**) لأنهما أكّدا ما كان على شرف السقوط.

(**وإن كانَ بَعدَه لم يَضمَنا**) لأن المهرَ تأكّد بالدخول، فلم يُتْلِفا شيئاً. شهِدا بالطلاق وآخران أنه دَخَل بها ثم رجعوا ضمن شهودُ الدخول ثلاثةَ أرباع المهر، وشهودُ الطلاق رُبُعَه، لأن الفريقين اتفقا على النصف، فيكون على كلِّ فريقٍ رُبعَه، وانفرد شهودُ الدخول

---

(١) لفظة: «بالعقد»: ليست في (س)، وهي في (م).

وإذا رَجَعَ شُهُودُ القِصَاصِ ضِمِنُوا الدِّيَةَ، وإذا رَجَعَ شُهُودُ الفَرْعِ ضَمِنُوا، وإن رَجَعَ شُهُودُ الأصلِ وقالُوا: لم نُشْهِد شُهُودَ الفَرْعِ لم يَضمَنُوا، . . . .

بالنصف فينفردون بضمانِه، وفي الشهادة بالعِتق يضمنان القيمةَ لأنهما أتلَفَا ماليَّةَ العبد من غير عِوَضٍ، والولاءُ له، لأن العِتق لم يتحولّ إليهما، فلا يتحوّلُ الولاءُ، ولو شهِدا بالبيع ثم رَجَعا ضمِنا القيمةَ لا الثمنَ، لأنهما أتلَفَا المبيعَ لا الثمن، ولو شهدا ببيعِ عبدٍ ثم رجعا بعد القضاء، وقيمةُ العبد أكثرُ من الثمن ضَمِنا الفَضْل، ولو شهِدا بالتدبير ثم رَجَعا ضَمِنا ما نقصَه التدبيرُ.

قال: (وإذا رَجَعَ شُهُودُ القِصَاصِ ضِمِنُوا الدِّيَةَ) ولا قِصاصَ عليهم، لأنه لم يوجد القتلُ مباشرةً، والتسبيبُ لا يوجِبُ القِصاصَ، كحافر البئر، بخلاف الإكراه، لأن المُكرَه فيه مضطرٌّ إلى ذٰلك، فإنه يُؤْثِرُ حياتَه، ولا كذٰلك الوليُّ فإنه مختارٌ، والاختيار يقطع التسبيبَ، وإذا امتنع القِصاصُ وجبت الديةُ، لأن القتل بغير حقٍّ لا يخلو عن أحدِ الموجبين، ولو شهِدا بالعفو عن القِصاص ثم رَجَعا لم يضمنا، لأن القِصاص ليس بمالٍ.

قال: (وإذا رَجَعَ شُهُودُ الفَرْعِ ضَمِنُوا) لأن التَّلَف أُضيفَ إليهم، فإنهم الذين ألجؤوا القاضي إلى الحُكم.

(وإن رَجَعَ شُهُودُ الأصلِ وقالُوا: لم نُشْهِد شُهُودَ الفَرْعِ، لم يَضمَنُوا) لأنهم أنكروا التسبيبَ وهو الإشهادُ، والقضاءُ ماضٍ، لأنه خبرٌ محتملٌ. ولو قالوا: أشهدناهم وغَلِطْنا فلا ضمانَ عليهم. وقال

ولا ضَمانَ على شُهُودِ الإحصانِ، وإن رَجَعَ شُهُودُ اليمِينِ وشُهُودُ الشَّرطِ فالضَّمانُ على شُهُودِ اليَمينِ، وإذا رَجَع المُزَكُّون ضَمِنُوا.

محمد: يضمنون لأن الفروع نَقَلوا شهادَتهم، فصار كأنهم حضروا. ولهما: أن القضاء وَقَعَ بما عاينه من الحجَّة، وهي شهادةُ الفروع، فيضافُ إليهم، ولو رجع الأصولُ والفروع جميعاً فالضمانُ على الفروع عندهما لما بينا. وعند محمد: إن شاء ضمَّنَ الأصولَ لما مرّ له، وإن شاء ضمَّن الفروعَ لما مرّ لهما، والجهتان متغايرتان فلا يُجمَع بينهما.

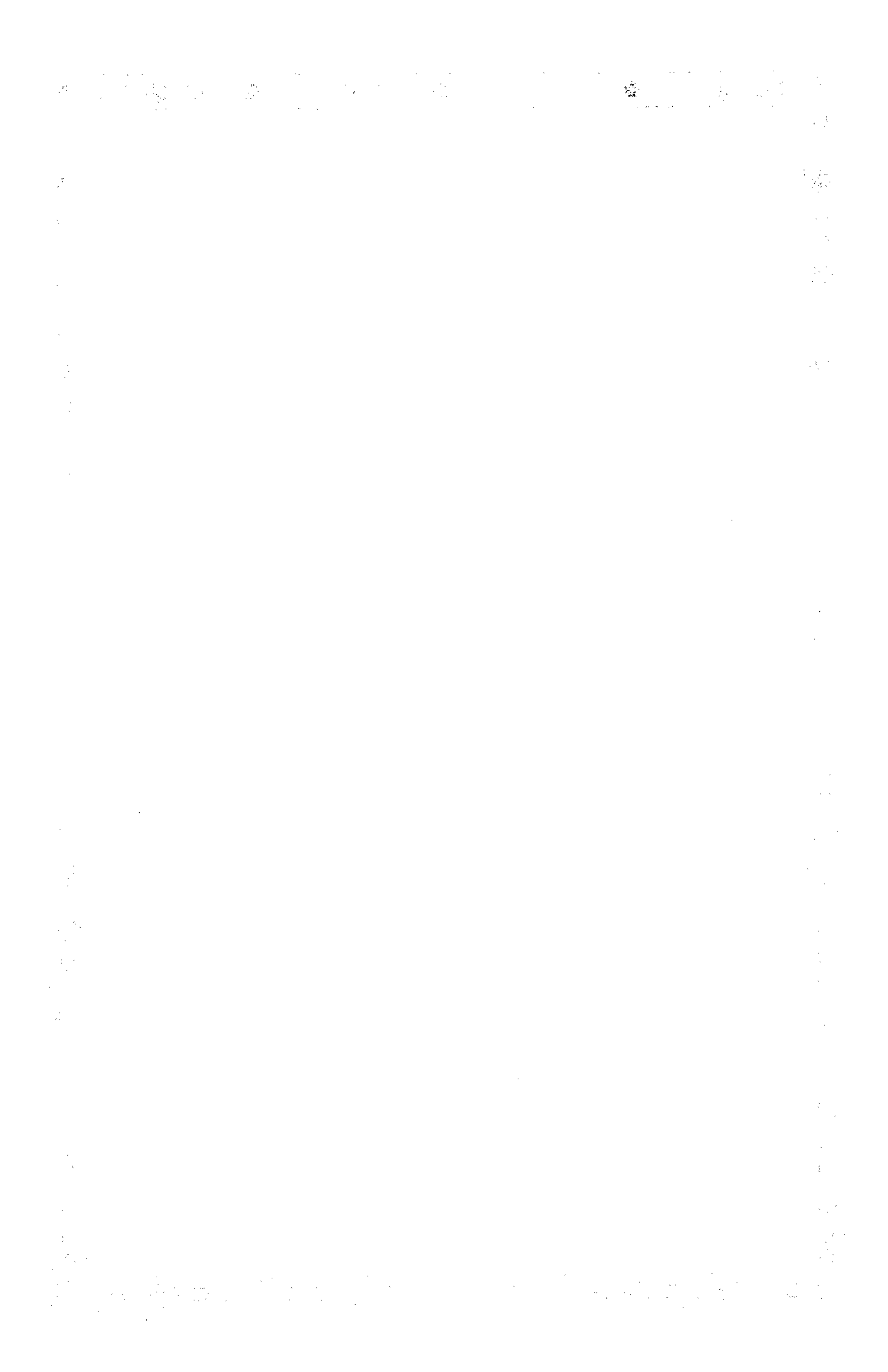
قال: (**ولا ضَمانَ على شُهُودِ الإحصانِ**) لأن الإحصان شرطٌ محضٌ، والحكمُ يضاف إلى العِلَّة لا إلى الشرط.

قال: (**وإن رَجَعَ شُهُودُ اليمِينِ وشُهُودُ الشَّرطِ فالضَّمانُ على شُهُودِ اليَمينِ**) لأن السبب هو اليمين، والتلفُ يضاف إلى مَن أثبَتَ السبب دون الشرط، فإن القاضي يقضي بشهادةِ شهود اليمين دون شهود الشرط.

وصورة المسألة: شهد شاهدان أنه علَّق عِتْقَ عبده أو طلاقَ امرأتِه بدخول الدار، وشهد شاهدان بالدخول والطلاقِ قبل الدخول، تجبُ قيمةُ العبد ونصفُ المهر على شهودِ التعليق لأنه السببُ.

قال: (**وإذا رَجَع المُزَكُّون ضَمِنُوا**) وقالا: لا يضمنون، لأنهم أثْنَوا على الشهودِ خيراً، فصاروا كشهودِ الإحصان. وله أن القاضي إنما يعملُ بالشهادة بالتزكيةِ، فهي علَّةُ العلةِ، فيضاف الحُكم إليها، بخلاف شهودِ الإحصان لأنه شرطٌ مَحْضٌ.





كتاب الوِكالة

. . . .

كتاب الوِكالة

وهي عبارة عن التَّفويضِ والاعتمادِ، قال تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُۥٓ﴾ [الطلاق: ٣]، أي: من اعتَمَدَ عليه وفوَّضَ أمرَه إليه كفاه، ورجل وَكِلٌ إذا كان قليلَ البطش، ضعيفَ الحركةَ يَكِلُ أمرَه إلى غيره فيما ينبغي أن يباشرَه بنفسِه.

وقيل: **الوكالة في اللغة**: الحفظُ، قال تعالى: ﴿حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ١٧٣]، أي: نِعْمَ الحافظُ. وقال أصحابنا: إذا قال: وَكَّلْتُك في كذا، فهو وَكيلُ في حفظِه بقضيةِ اللفظ، ولا يثبتُ ما زاد عليه إلا بلفظٍ آخر، وأنه قريب من الأوّل، فإن مَن اعتمد على إنسان في شيءٍ وفوَّضَ فيه أمرَه إليه كان آمراً بحفظِه، لأنه إنما فعل ذلك لينظر ما هو الأصلَحُ له، وأصلحُ الأشياء حفظُ الأصل، لأن التصرُّفات تُبتَنَى عليه، وهٰذه المعاني موجودة في الوكالة الشرعية، فإن الموكِّل فوَّضَ أمرَه إلى الوكيل واعتَمَدَ عليه ووثِقَ برأيه ليتصرَّفَ له التصرُّفَ الأحسنَ، وكلُّ ذٰلك يُبتنى على الحفِظ، وهو مشروعٌ بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى

ولا تَصِحُّ حتَّى يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّن يَملِكُ التَّصَرُّفَ وتَلزَمُه الأحكامُ، والوَكِيلُ مِمَّن يَعْقِلُ العَقْدَ ويَقْصِدُه، . . . .

﴿ٱلْمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩]، وبالسنة، وهو ما صحَّ أنه ﷺ وَكَّلَ بالشراء عروةَ البارِقي، وفي رواية أخرى: حكيمَ ابنَ حِزام[١]، ووكَّلَ في النكاح أيضاً عمرو بنَ أُمية الضَّمْري[٢]، وعليه تعامَلَ الناس من لَدُنِ الصَّدْر الأوّل إلى يومنا من غير نكيرٍ، ولأن الإنسان قد يعجِزُ عن مباشرةِ بعض الأفعال بنفسِه، فيحتاج إلى التوكيل، فوَجَبَ أن يُشرَعَ دفعاً للحاجة.

قال: (**ولا تَصِحُّ حتَّى يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّن[٣] يَملِكُ التَّصَرُّفَ وتَلزَمُه الأحكامُ، والوَكِيلُ مِمَّن[٣] يَعْقِلُ العَقْدَ ويَقْصِدُه**) لأن التوكيل استنابةٌ واستعانةٌ، والوكيلُ يملك التصرُّفَ بتمليك الموكِّل، وتلزمُه الأحكام، فوجب أن يكون الموكِّل مالكاً لذلك ليصحَّ تمليكُه، والوكيل يقومُ مقامَ الموكِّل في الإيجاب والقَبول، فلا بدَّ أن يكون من أهلها، فلو

---

(١) سلف تخريجه ص٤١ وبيان أن الصحيح في الحديث أنه من حديث عروة.

(٢) أخرجه ابن سعد ٨/ ٩٨-٩٩، والحاكم في «المستدرك» ٤/ ٢٢ من طريق محمد بن عمر الواقدي، عن إسحاق بن محمد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية... فذكره. وهٰذا إسناد على ضعفه فيه انقطاع.

وأخرجه البيهقي في «سننه» ٧/ ١٣٩ بإسناد آخر، وفيه انقطاع أيضاً.

(٣) لفظة: «ممن» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

وكُلُّ عَقْدٍ جازَ أن يَعقِدَه بِنفسِه جازَ أن يُوَكِّلَ به، فيَجوزُ بالخُصُومَةِ في جَمِيعِ الحُقُوقِ وإيفائها واستِيفائهَا إلاَّ الحُدُودَ (س) والقِصَاص فإنَّه لا يجُوزُ استيفاؤهما مع غَيبةِ المُوَكِّلِ، . . . .

وَكَّلَ صبياً لا يعقِلُ أو مجنوناً فهو باطل، ولو وَكَّلَ صبياً عاقلاً مأذوناً أو عبداً مأذوناً أو محجوراً بإذن مولاه جاز، وكذٰلك إذا وَكَّلَ المسلمُ ذمياً أو بالعكس، أو حربياً مستأمَناً لما ذكرنا.

قال: (**وكُلُّ عَقْدٍ جازَ أن يَعقِدَه بِنَفسِه جازَ أن يُوَكِّلَ به**) لما ذكرنا من الحاجة.

(**فيَجوزُ بالخُصُومَةِ في جَمِيعِ الحُقُوقِ وإيفائها واستِيفائهَا**) لما ذكرنا من الحاجة، لأنه لا يعرِفُ ذٰلك كلُّ أحد، والدليلُ عليه الحديث المشهور: «ولعلَّ أحدَكم أن يكون ألحَنَ بحُجَّتِه من بعض»[1]، وعليٌّ رضي الله عنه وكَّلَ أخاه عَقِيلاً وابنَ أخيه عبدَ الله بنَ جعفر[2].

قال: (**إلاَّ الحُدُودَ والقِصَاص فإنَّه لا يجُوزُ استيفاؤهما مع غَيبةِ المُوَكِّلِ**) لأن احتمال العفو ثابتٌ، للنَّدْب إليه وللشَّفَقة على الجِنس، وأنه شبهةٌ وأنها تندرِئُ بالشُّبُهات، بخلاف ما إذا حَضَر، لانتفاء هٰذا الاحتمال. وقال أبو يوسف: لا يجوزُ التوكيلُ بإثبات الحدود

---

(١) سلف تخريجه ص٢١٨.

(٢) أخرجه البيهقي في «سننه» ٦/ ٨١ من طريق عبد الله بن إدريس، عن محمد بن إسحاق، عن جهم بن أبي الجهم، عن عبد الله بن جعفر قال: كان علي ابن أبي طالب يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني.

ولا يَجُوزُ بالخُصُومَةِ برِضا الخَصْمِ، إلاَّ أن يكُونَ المُوَكِّلُ مريضاً أو مسافِراً،

والقِصاص لأنها نيابةٌ، فيتحرَّزُ عنها في هٰذا الباب، كالشهادةِ على الشهادة. ولأبي حنيفة: أن الجِناية سببُ الوجوبِ، والظهورُ يضافُ إلى الشهادة، والخصومةُ شرطٌ، فيجوز التوكيلُ به كسائر الحقوق، بخلاف الاستيفاء على ما بينا.

قال: (**ولا يَجُوزُ بالخُصُومَةِ بِرِضا الخَصْمِ، إلاَّ أن يكُونَ المُوَكِّلُ مريضاً أو مسافِراً**) وقالا: يجوز بغيرِ رضاه، ومعناه: أنه لا يجبُ على الخصم إجابةُ الوكيل عنده، وعندهما يجبُ، لما روي أن علياً رضي الله عنه وَكَّل بالخصومة مطلقاً، ولأنه توكيلٌ بحقٍّ، فيجوزُ كالتوكيل باستيفاء الدَّين. ولأبي حنيفة قولُه عليه السلام: «يا عليُّ لا تَقْضِ لأحدِ الخَصمين حتى يحضُرَ الآخرُ»، وفي رواية: «حتى تسمَعَ كلامَ الآخر»[1]، فيُشترطُ حضورُه أو استماعُ كلامه، ولأن الخُصومةَ تُلزِمُ المطلوبَ، حتى يجبُ عليه الحضورُ والجوابُ، فلا يجوز أن يُحِيلَه على غيره بغير رضاه كالدَّين، ولأن الناسَ يتفاوتون في الخُصومة، فلعلَّ الوكيلَ يكونُ أشدَّ خِصاماً وأكثرَ احتجاجاً، فيتضرَّرُ الخصمُ بذٰلك، فلا يلزمُه إلا برضاه، بخلاف المَريضِ العاجزِ عن الخُصومةِ، فإنه لا يُستحَقُّ عليه الحضور، وكذٰلك المسافرُ، لأن في تكليفِه السفرَ مشقةٌ، فلا يلزمُه الحضورُ فجاز لهما التوكيل، ولا فرقَ في ظاهر الرواية بين الرجلِ والمرأةِ البكرِ والثيِّب، واستحسنَ المتأخِّرون أن

---

(١) سلف تخريجه ص٢١٤.

وكُلُّ عقدٍ يُضِيفُه الوَكِيلُ إلى نَفسِه كالبَيعِ، والإجارَةِ، والصُّلحِ عن إقرَارٍ، تَتعلَّقُ حُقُوقُه به من تَسلِيمِ المَبِيعِ، ونَقدِ الثَّمَنِ، والخُصُومَةِ في العَيبِ، وغير ذٰلك، إلاَّ العَبدَ والصَّبيَّ المَحجُورَينِ، فتَجُوزُ عُقُودُهما، وتتعلَّقُ الحُقُوقُ بِمُوَكِّلِهما. . . . .

المرأة إذا كانت مخَدَّرَةً جاز توكيلُها بغير رِضا الخَصْم لعجزها عن الخُصومة بسبب الحياءِ والدَّهشة.

قال: (**وكُلُّ عقدٍ يُضِيفُه الوَكِيلُ إلى نَفسِه كالبَيعِ والإجارَةِ والصُّلحِ عن إقرَارٍ تَتعلَّقُ حُقُوقُه به، من تَسلِيمِ المَبِيعِ ونَقدِ الثَّمَنِ والخُصُومَةِ في العَيبِ، وغير ذٰلك، إلاَّ العَبدَ والصَّبيَّ المَحجُورَينِ فتَجُوزُ عُقُودُهما، وتتعلَّقُ الحُقُوقُ بِمُوَكِّلِهما**) لأن الوكيلَ هو العاقدُ، ولا يفتقرُ في هٰذه العقود إلى ذِكر الموكِّل، والعاقدُ الآخرُ اعتَمَدَ رجوعَ الحقوق إليه، فلو لم تَرجع إليه يتضرَّرُ على تقدير كونِ الموكِّل مفلِساً، أو من لا يقدِرُ على مطالبتِه واستيفاءِ الثمنِ منه، وأنه مُنْتَفٍ، بخلاف النكاح وأخواتِه، فإنه لا بدَّ من ذكر الموكِّل وإسنادِ العقدِ إليه فلا ضررَ حينئذٍ، وكذٰلك الرسولُ، لأنه يضيفُ العقدَ إلى مُرْسِله، ولأن الوكيلَ هو العاقدُ حقيقةً بكلامه، وحُكماً لعدم إضافةِ العقدِ إلى غيرِه، فيكون أصلاً في الحقوق، ثم يثبتُ المِلكُ للموكِّل خلافةً، نظراً إلى التوكيل السابِق، كالعبد يتَّهِبُ أو يصطادُ. وأما الصبيُّ والعبد فينفُذُ تصرُّفهما لأنهما من أهله، حتى لو كانا مأذُونَين جاز على ما مرَّ في الحَجْر، إلا أن الحقوق لا تتعلق بهما، لأنهما ليسا من أهل التبرُّعات والتزامِ العُهدةِ، لقصور

وإذا سُلِّمَ المَبِيعُ إلى المُوَكِّلِ لا يَرُدُّه الوَكِيلُ بعَيبٍ إلا بإذنِه، وللمُشتَري أن يَمتَنِعَ مِن دَفعِ الثَّمَنِ إلى المُوَكِّلِ، فإن دَفَعَه إليه جازَ، وكُلُّ عَقدٍ يُضِيفُه إلى مُوَكِّلِه فحُقُوقُه تَتعَلَّقُ بمُوَكِّلِه: كالنِّكاح، والخُلْع، والصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ،

أهليَّةِ الصبيّ، ولحقِّ السيد، فيلزم الموكِّل. وعن أبي يوسف: لو علم العاقدُ الآخرُ أنه محجورٌ عليه بعد العقد، فله خيارُ العَيب، لاعتقادِه رجوعَ الحقوق إلى العاقِد، وقد فاته فيتخيَّر.

قال: (**وإذا سُلِّمَ المَبِيعُ إلى المُوَكِّلِ لا يَرُدُّه الوَكِيلُ بعَيبٍ إلا بإذنِه**) لأنه تعلَّق به حقُّ الموكِّل، وانتقل الملكُ إليه، فصار كما إذا باعَه من آخر.

قال: (**وللمُشتَري أن يَمتَنِعَ مِن دَفعِ الثَّمَنِ إلى المُوَكِّلِ**) لما بينا أن الحقوق راجعةٌ إلى الوكيل، فهو أجنبي من العقد.

(**فإن دَفَعَه إليه جاز**) لأنه حقُّه، وليس للوكيل أن يطالبَه به، إذ لا فائدةَ في الأخذ منه ثم يدفعُه إليه، ولو كان للمشتري عليهما دَينٌ أو على الموكِّل تقعُ المقاصَّةُ بدَين الموكِّل لما بينا أنه حقُّه، وتقع المقاصةُ بدَين الوكيل لو كان وحدَه، لأنه يملكُ الإبراءَ عنه، لٰكن يضمِّنُه للموكِّل.

قال: (**وكُلُّ عَقدٍ يُضِيفُه إلى مُوَكِّلِه فحُقُوقُه تَتعَلَّقُ بمُوَكِّلِه: كالنِّكاح، والخُلْع، والصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ**) فلا يطالَبُ وكيلُ الزوج بالمَهر، ولا يُلزَم وكيلُ المرأة تسليمَها، ولا بدلَ الخُلع، لأن الوكيل سفيرٌ، ولهٰذا لا بدَّ له من ذِكر الموكِّل وإسنادِ العقدِ إليه، حتى لو أضافَ

والعِتقِ على مالٍ، والكِتابةِ، والصُّلحِ عن إنكارٍ، والهِبةِ، والصَّدَقَةِ، والإعارَةِ، والإيدَاعِ، والرَّهنِ، والإقراضِ، والشَّرِكَةِ، والمُضَاربةِ. . . . .

العقدَ إلى نفسِه كان النكاحُ واقعاً له لا لموكِّله كالرسول، والخُلعُ والصلحُ عن دمِ العمد إسقاطٌ كما يوجد يتلاشى فلا يمكن صدورُه من شخصٍ وثبوتُ حُكمه لغيرِه.

(و) على هٰذا (**العِتقُ على مالٍ، والكِتابةُ، والصُّلحُ عن إنكارٍ، والهِبَـةُ، والصَّـدَقَـةُ، والإعـارَةُ، والإيـدَاعُ، والـرَّهـنُ، والإقـراضُ، والشَّرِكَةُ، والمُضَاربةُ**) لأن الحكم يثبتُ في هٰذه الأشياء بالقبض. وأنه يلاقي محلاً مملوكاً للموكِّل، فكان سفيراً، وكذا لو كان وكيلاً من الجانب الآخر لأنه يضيفُ العقدَ إلى المالك، إلا في الاستقراض فإن التوكيلَ به باطلٌ، ولا يثبت الملكُ فيه للموكِّل بخلاف الرسول.

فصل

الجهالة ثلاثةُ أنواع: فاحشةٌ، ويسيرةٌ، وبينهما.

فالأولى: جهالةُ الجِنس، كالتوكيل بشراء ثوبٍ أو دابةٍ، فإنه لا يصحُّ وإن سمَّى الثمنَ، لأنه لا يمكن للوكيل امتثالُ ما وكَّله به، لتفاوتِه تفاوتاً فاحشاً.

والثانية: جهالةُ النوع والصفةِ، كالحمارِ والفرسِ وقفيزِ حنطةٍ وثوبٍ هرويٍّ[1]، فإنه يصحُّ وإن لم يُقدِّر الثمنَ، لأن الوكيل يقدِرُ على

---

(١) في (س) تحرفت إلى: يهودي، والمثبت من (م).

ومَن وَكَّلَ رَجُلاً بشِراءِ شيءٍ يَنبَغي أن يَذكُرَ صِفَتَه وجِنسَه أو مَبلَغَ ثَمَنِه، إلا أن يَقُولَ له: ابْتَعْ لي ما رأيتَ. وإنْ وَكَّلَه بشِراءِ شيءٍ بِعَينه ليس له أن يَشتَرِيَه لنَفسِه، . . . .

تحصيل مقصودِه، وتتعيَّنُ الصفةُ بحال الموكِّل، واختلافُ الصفةِ لا يوجبُ اختلافَ المقصود، فصار كأنه وكَّله بشراء ثوبٍ هروي[1] بأيِّ صفة كان، وبالثمن المعتاد، وقد صحَّ أن النبيَّ ﷺ وكَّل حكيمَ بن حِزام بشراءِ شاةِ الأضحيَّة[2].

والثالثة: التوكيلُ بشراء عبدٍ أو جاريةٍ أو دارٍ، إن سمَّى الثمنَ صحَّ، وإلا فلا، لأن الجمال منفعةٌ مقصودةٌ من بني آدم، ويختلف في ذلك الهنديُّ والتركيُّ، فإذا سمى الثمنَ ألحقناه بمجهولِ النوع، وإن لم يسمِّه ألحقناه بجهالة الجِنس، لأن بالتسمية يصيرُ معلومَ النوع عادةً، فإن ثمن كلِّ نوع معلومٌ عادةً.

قال: (**ومَن وَكَّلَ رَجُلاً بشِراءِ شيءٍ يَنبَغي أن يَذكُرَ صِفَتَه وجِنسَه أو مَبلَغَ ثَمَنِه**) لأن بذلك يصيرُ معلوماً، فيقدِرُ الوكيلُ عليه. (**إلا أن يَقُولَ له: ابْتَعْ لي ما رأيتَ**) لأنه فوَّضَ الأمرَ إلى رأيه، فأيَّ شيءٍ اشترى كان مؤتمراً.

قال: (**وإنْ وَكَّلَه بشِراءِ شيءٍ بِعَينه ليس له أن يَشتَرِيَه لنَفسِه**) لأن الآمرَ اعتمد عليه في شرائِه، فيصيرُ كأنه خَدَعَه بقَبول الوكالة ليشتريَه

---

(١) في (س): يهودي، وفي (م): مروي، والمثبت من مطبوعة أبي دقيقة.

(٢) سلف تخريجه ص٤١.

فإن اشتَرَاه بغيرِ النَّقدَينِ، أو بِخِلافِ ما سَمَّى له من جِنسِ الثَّمَنِ، أو وَكَّلَ آخَرَ بشِرائِه، وقَعَ الشِّراء له، وإن كان بغَيرِ عَينِه فاشتَرَاه فهو له، إلا أن يَدفَعَ الثَّمَنَ مِن مالِ المُوَكِّلِ أو يَنوِيَ الشَّراءَ له، . . . .

لنفسِه، وأنه لا يجوز. (**فإن اشتَرَاه بغيرِ النَّقدَينِ، أو بِخِلافِ ما سَمَّى له من جِنسِ الثَّمَنِ، أو وَكَّلَ آخَرَ بشِرائِه، وقَعَ الشِّراء له**) لأنه خالفَ أمرَ الموكِّل فوقع له، لأن الوكيل بالشراء لا يجوزُ له أن يشتري إلا بالدراهم أو الدنانير لأنه المعروف، والمعروفُ كالمشروط. وقال زفر: إذا اشتراه بكَيْليٍّ أو وَزْنيٍّ يقعُ للموكِّل لأنه شراءٌ من كلِّ وجه، لتعلُّقه بالذِّمَّة كالنقدَين، بخلاف ما إذا اشتراه بعينٍ لا يثبتُ في الذمة، لأنه بيعٌ من وجه شراءٌ من وجه. ولنا أنه ينصرفُ إلى المتعارَفِ عند الإطلاق وهو النقدان، فيتقيدُ به، ولو عَقَدَ الوكيلُ الثاني بحَضرة الأول لَزِمَ الموكِّل لأنه برأيه، فلم يكن مخالفاً.

قال: (**وإن كان بغَيرِ عَينِه فاشتَرَاه فهو له، إلا أن يَدفَعَ الثَّمَنَ مِن مالِ المُوَكِّلِ أو يَنوِيَ الشَّراءَ له**) وهٰذا لا يخلو، أما إن أضافَ العقدَ إلى دراهمِ الآمر، أو نَقَدَ الثمنَ من مال الآمرِ فيقع للآمِرِ عملاً بالظاهر، وإن أضافَه إلى دراهمِ نفسِه كان لنفسِه عملاً بالمعتاد، فإن الشراء وإضافةَ العقدِ إلى دراهمِه معتاد غيرُ مستنكَرٍ شرعاً، وإن أضافَه إلى مُطْلَق الدراهم فإن نواه للآمرِ فله، وإن نواها لنفسِه فلنفسِه، لأن له أن يعمل لنفسِه وللآمِرِ. وإن تكاذبا في النية يُحَكَّم النقدُ لأنه دليلٌ، وإن توافقا على عدم النية، قال محمد: هو للعاقِد عملاً بالأصل، وقال أبو

والوَكِيلُ في الصَّرْفِ والسَّلَمِ تُعتَبرُ مُفارَقَتُه لا مُفارَقَةُ المُوَكِّلِ، وإن دَفَعَ إليه درَاهِمَ ليَشتَرِيَ له بها طعاماً فهو على الحِنْطَةِ ودَقِيقِها، وقيل: إن كانت كَثِيرةً فعَلى الحِنطةِ، وقَليلةً على الخُبْزِ، ومُتَوَسِّطةً على الدَّقِيقِ. . . . .

يوسف: يُحكّم النقدُ لاحتمال الوجهين. والوكيلُ بشراء شيءٍ بعينِه يقع العقدُ والملكُ للموكِّل، وإن لم يُضِفِ العقدَ إليه إلا في مسألةٍ، وهو ما إذا قال لعبد غيره: اشترِ لي نفسَك من مولاكَ، فقال لمولاه: بِعني نفسي من فلانٍ، فباعه فهو للآمر، لأنه يصلُح وكيلاً عنه في ذلك، لأنه أجنبيٌّ عن ماليَّتهِ، وإن وجَدَ به عيباً إن علِمَ به العبدُ لا يردُّه، لأن عِلْمَ الوكيل كعِلم الموكِّل، وإن لم يعلم فالردُّ للعبد، وإن لم يقُلْ: من فلان، عَتَقَ لأن بيع العبد من نفسِه إعتاقٌ. أمرَه أن يشتري له كُرَّ حنطةٍ من قرية كذا، فالحملُ على الآمر لجَرَيان العادةِ والعُرفِ بذلك.

قال: (**والوَكِيلُ في الصَّرْفِ والسَّلَمِ تُعتَبرُ مُفارَقَتُه لا مُفارَقَةُ المُوَكِّلِ**) لما ذكرنا أن الحقوق ترجعُ إليه، ومرادُه الوكالةُ بالإسلام لا بالقَبول، فإنه لا يجوز أن يبيعَ الوكيلُ في ذمتِه على أن يكون الثمنُ لغيره.

قال: (**وإن دَفَعَ إليه درَاهِمَ ليَشتَرِيَ له بها طعاماً فهو على الحِنْطَةِ ودَقِيقِها**) اعتباراً بالعرف.

(**وقيل: إن كانت كَثِيرةً فعَلى الحِنطةِ، وقَليلةً على الخُبْزِ، ومُتَوَسِّطةً على الدَّقِيقِ**) اعتباراً بالعُرف أيضاً، وإن كان في موضعٍ يتعارفون أكلَ غيرِ الحنطةِ وخُبزِها فعلى ما يتعارفونَه.

وإن دَفَعَ الوَكِيلُ الثَّمَنَ مِن مالِه فله حَبسُ المَبِيعِ حتَّى يَقبِضَ الثَّمَنَ، فإن حَبَسَه وهَلَكَ فهو كالمَبِيعِ (س ز). وإن وكَّلـه بشِراءِ عَشَرَةِ أرطالِ لَحْمٍ بدِرهَمٍ فاشتَرَى عِشرِينَ ممَّا يُباعُ منه عَشَرَةٌ بدِرهَمٍ لَزِمَ المُوَكِّلَ عَشَرَةٌ بنِصْفِ دِرهَمٍ. ....

قال: (**وإن دَفَعَ الوَكِيلُ الثَّمَنَ مِن مالِه فله حَبسُ المَبِيعِ حتَّى يَقبِضَ الثَّمَنَ**) لأنه بمنزلة البائع من الموكِّل حُكماً، حتى يردُّه الموكِّلُ على الوكيل بالعيب، ولو اختلفا في الثمن تحالفا.

(**فإن حَبَسَه وهَلَكَ فهو كالمَبِيعِ**) لما قلنا. وقال أبو يوسف: كالرَّهْن، لأنه حبسه للاستيفاء بعدَ أن لم يكن محبوساً، وهو معنى الرهن.

قال: (**وإن وكَّله بشِراءِ عَشَرَةِ أرطالِ لَحْمٍ بدِرهَمٍ، فاشتَرَى عِشرِينَ ممَّا يُباعُ منه عَشَرَةٌ بدِرهَمٍ لَزِمَ المُوَكِّلَ عَشَرَةٌ بنِصْفِ دِرهَمٍ**) وقالا: يلزمُه العشرون، لأنه أمَرَه بالشراء بدرهمٍ بناءً على أن سعرَ اللحم عَشَرةٌ بدرهمٍ، فقد زاده خيراً، كما إذا وكَّله ببيع عبدِه بألفٍ فباعه بألفين. ولأبي حنيفة: أن المقصودَ إنما هو اللحمُ لا إخراجُ الدرهم، وقصْدُه تعلَّقَ بعشرةِ أرطال لحمٍ، فتبقى الزيادةُ للوكيل، بخلاف مسألةِ العبد، لأن المقصود بيعُه، والزائدُ حصل بَدَلَ ملكِه، فيكونُ له، ولو اشترى من لحمٍ يساوي عشرين رِطْلاً بدرهمٍ فهو مخالِفٌ لعدم حصول المقصود وهو السمينُ، وهٰذا هزيلٌ، فلا يلزمُه.

والوَكِيلُ بالبَيعِ يَجُوزُ بَيعُه بالقَلِيلِ والكثير (سم) وبالنَّسِيئَةِ (سم) وبالعُروضِ (سم)، ويأْخُذُ بالثَّمَنِ رَهْناً (سم) وكَفِيلاً. ولا يَصِحُّ ضَمانُه بالثَّمَنِ عن المُشتَرِي، والوَكِيلُ بالشِّراءِ لا يَجُوزُ شِرَاؤُه إلا بقِيمَةِ المِثْلِ وزيادةٍ يَتَغابَنُ الناسُ فيها، ....

قال: (والوَكِيلُ بالبَيعِ يَجُوزُ بَيعُه بالقَلِيلِ والكثير[1] وبالنَّسِيئَةِ وبالعُروضِ، ويأْخُذُ بالثَّمَنِ رَهْناً وكَفِيلاً) وقالا: لا يجوزُ إلا بمِثلِ القيمةِ حالاً، أو بما يُتغابَنُ فيه، ولا يجوزُ إلا بالأثمان، لأن الأمرَ عند الإطلاق ينصرفُ إلى المتعارَف، كما إذا أمرَه بشراء الفَحْم يتقيَّدُ بالشتاء، وبالجَمَد بالصيف، وغير ذٰلك، والمتعارَفُ هو ثمنُ المِثل وبالنقدين.
ولأبي حنيفة: أنه وكَّلَه بمُطلَق البيع، وقد أتى به، فيجوزُ إلا عند التُّهمة، على أن البيع بالغَبْنِ متعارَفٌ عند الحاجة إلى الثمن، وكذٰلك البيعُ بالغَبن عند كراهةِ المَبيع. وعن أبي حنيفة المنعُ فيما ذَكَرا من المسائل، ولأنه بيعٌ من كلِّ وجهٍ، حتى يحنث به لا يبيع[2]، وإنما لا يملكه الوصيّ والأب مع كونه بيعاً، لأن ولايتهما نظرية، ولا نَظَرَ في البيع بالغَبْن.

قال: (ولا يَصِحُّ ضَمانُه بالثَّمَنِ عن المُشتَرِي) لأن الحقوق ترجعُ إليه فيكون مُطالِباً ومُطالَباً، وأنه محالٌ.

قال: (والوَكِيلُ بالشِّراءِ لا يَجُوزُ شِرَاؤُه إلا بقِيمَةِ المِثْلِ وزيادةٍ يَتَغابَنُ الناسُ فيها) لاحتمال التُّهمة، وهو أنه يجوزُ أنه اشتراه لنفسِه ثم

---

(١) لفظة: «والكثير»: ليست في (م)، وأثبتناها من هامش (س)، وأشير عليها هناك بعلامة الصحة.

(٢) المثبت من (س)، وفي (م): لأنه بيع.

وما لا يُتَغابَنُ فيه في العُرُوضِ، في العَشَرَةِ زِيادَةُ نِصفِ دِرهَمٍ، وفي الحَيَوَانِ دِرهَمٍ، وفي العَقارِ دِرهَمَينِ، ولو وَكَّلَه بِبَيعِ عَبدٍ فَباعَ نِصفَه (سم) جازَ (ز)، وفي الشِّراءِ يتَوَقَّفُ، فإن اشتَرَى باقِيَه قَبْلَ أن يَختَصِما جازَ. ....

وجده غيرَ موافِق، أو غاليَ الثمن فألحَقَه بالموكِّل، ولا كذٰلك في البيع، لأنه لا يجوز أن يبيعَه لنفسِه، فلا تُهمةَ، ولو أنه وكَّله بشراء شيءٍ بعينِه جاز، لأنه لا يجوزُ أن يشتريه لنفسِه لما مرّ، فانتفت التهمةُ، وكذا الوكيل بالنِّكاح إذا زوَّجه بأكثرَ من مهر المِثل جاز على الموكِّل لانتفاء التُّهمة، لأنه لا يجوزُ أن يتزوجها، بخلاف الوكيل بمطلَق الشراء، وعندهما: يتقيَّدُ في الكُل بثمن المِثل ومهرِ المثل.

(**وما لا يُتَغابَنُ فيه في العُرُوضِ، في العَشَرَةِ زِيادَةُ نِصفِ دِرهَمٍ، وفي الحَيَوَانِ دِرهَمٍ، وفي العَقارِ دِرهَمَينِ**) لأن قلَّة الغَبْنِ وكثرتَه بقلَّةِ التصرُّف وكثرتِه، والتصرُّف في العُروض أكثرُ، ثم في الحيوان، ثم في العَقار.

قال: (**ولو وَكَّلَه بِبَيعِ عَبدٍ فَباعَ نِصفَه جازَ**) وقالا: لا يجوزُ لما فيه من تعييبه بالشركة، وله: أنه لو باع جميعَه بهٰذا القَدْر جاز عنده، فهٰذا أولى، ولو باع باقيه قبل أن يختَصِما جازَ عندهما، لأن بيع البعض قد يكونُ وسيلةً إلى بيع الباقي، بأن لا يجدَ من يشتريه جملةً.

(**وفي الشِّراءِ يتَوَقَّفُ، فإن اشتَرَى باقِيَه قَبْلَ أن يَختَصِما جازَ**) وقال زفر: إذا اشترى نصفَه يقعُ للوكيل بكلِّ حالٍ، لأنه صار مخالفاً بشراءِ النصفِ، فيقعُ له، ويقع الثاني له أيضاً. ولنا: أن شراء الكلِّ قد يتعذَّرُ

ولا يَعقِدُ الوَكِيلُ مع مَن لا تُقبَلُ له شَهادتُه [إلا أن يبيعَه بأكثرَ من القِيمة][1]،

جملةً واحدةً، بأن يكون مشتركاً بين جماعةٍ، فيشتري شِقْصاً شِقْصاً، فإن اشترى باقيَه قبل أن يرُدَّ الموكِّلُ البيع تبيَّن أنه اشترى البعضَ ليَتَوسَّل به إلى شراء الباقي، فلا يكون مخالِفاً فينفُذُ على الموكِّل. أمَرَه بالبيع الفاسدِ فباع جائزاً جاز، وقال محمد: لا يجوزُ للمخالفة، فإنه أمرَه ببيعٍ يملكُ نقضَه ولا يُزيلُ ملكَه بالعقد، وصار كما إذا أمرَه بالبيع بشرطِ الخِيار فباعه باتاً. ولهما: أنه أمرَه بالبيع، وأن يشترطَ شرطاً فاسداً، والأمرُ بالبيع صحيحٌ، وباشتراط شرطٍ فاسدٍ باطلٌ، فصار أمراً بمُطلق البيع فينصرفُ إلى الصحيح، ولا نسلِّم أن البيع الفاسدَ يقْدِرُ على نقضِه مطلقاً، فإنه لو باع العبد من قريبه وقبَضَه عَتَقَ عليه، وكذا قد يزولُ الملكُ بنفس العقد بأن يكون المبيعُ في يد المشتري.

قال: (**ولا يَعقِدُ الوَكِيلُ مع مَن لا تُقبَلُ له شَهادتُه [إلا أن يبيعَه بأكثرَ من القِيمة]**[1]) وعندهما: يجوزُ بمِثل القيمةِ إلا مِن عبدِه ومكاتَبه لعدم التُّهمة، إذ الأملاكُ بينهم منقطعة. أما العبدُ فيقع البيعُ لنفسِه، وكذا المكاتَب لثبوت الحقِّ للمولى في كسبِه حالَ الكتابة وحقيقةً لعجزه[2].

وله أنه موضعُ تهمةٍ بدليل عدمِ قَبول الشهادةِ، وموضعُ التهمة مستثنى من الوكالة، ولأنَّ المنافعَ بينهم متصلةٌ، فشابه البيعَ من نفسِه، وعلى هٰذا الخلافُ الإجارةُ، فإذا كان البيعُ بأكثرَ من القيمة لا تُهمةَ.

---

(١) ما بين الحاصرتين ليس في الأصلين، وأثبتناه من مطبوعة أبي دقيقة.

(٢) في (س): بعجزه، والمثبت من (م).

وليسَ لأحدِ الوَكِيلَينِ أن يَتَصَرّفَ دُونَ رَفِيقِه (س) [إلاّ في الخُصُومَةِ (ز)] والطَّلاقِ والعَتَاقِ بغَيرِ عِوَضٍ، ورَدِّ الوَدِيعةِ، وقَضَاءِ الدَّينِ، وليسَ للوَكِيلِ أن يُوَكِّلَ، وإن وَكَّلَ بغَيرِ أمرِه فعَقَدَ الثَّاني بحضرَةِ الأوَّلِ جازَ، . . . .

قال: (وليسَ لأحدِ الوَكِيلَينِ أن يَتَصَرّفَ دُونَ رَفِيقِه [إلاّ في الخُصُومَةِ]) لأنه[1] ما رضي إلا برأيِهما، واجتماعُ الرأي له أثرٌ في توفير المصلحةِ، أما ما لا تأثيرَ له في اجتماع الرأي فيه، وما لا يمكنُ الاجتماعُ عليه يجوز أن ينفردَ به أحدُهما كالخُصومة، فإنه لا يمكن اجتماعُهُما عليها.

(والطَّلاقِ والعَتَاقِ بغَيرِ عِوَضٍ، ورَدِّ الوَدِيعةِ، وقَضَاءِ الدَّينِ) لأن اجتماعَ الرأي لا تأثيرَ له في ذٰلك.

(وليسَ للوَكِيلِ أن يُوَكِّلَ) لأنه ما رضي إلا برأيه، والناسُ يتفاوتون في الآراء، فإذا أذِن له أو قال: اعمَلْ برأيك، فقد فوَّض إليه الأمرَ مطلقاً ورضي بذٰلك، فإذا أجازَ كان وكيلاً عن الموكِّل الأوّل، لأنه يعملُ له، ولا ينعزلُ بعزل الوكيل الأوّل ولا بموتِه، وهو نظيرُ القاضي إذا استَخلَفَ قاضياً، وقد مرَّ.

(وإن وَكَّلَ بغَيرِ أمرِه فعَقَدَ الثَّاني بحضرَةِ الأوَّلِ جازَ) وقال زفر: لا يجوزُ، لأن التوكيل ما صحَّ، فصار كما إذا عَقَدَ بغَيبتِه. ولنا أنه إنما جاز برأيِه، والموكِّلُ راض به، وكذا إذا عَقَد في غَيبةِ الأوّل فأجاز، وهٰكذا كلُّ عقدِ معاوضةٍ، وما ليس بمعاوضةٍ كالنّكاح والطلاق لا يجوزُ

---

(١) في (م): لأن الموكل، والمثبت من (س).

وللمُوَكِّلِ عَزْلُ وكِيلِه، ويَتَوَقَّفُ على عِلمِه، وتَبْطُلُ الوَكالَةُ بمَوتِ أحَدِهما وجُنُونِه جُنُوناً مُطْبِقاً، ولَحاقِه مُرتَدّاً بدارِ الحَرْبِ. . . . .

بإجازتِه، لأنه لا يتوقفُ على إجازةِ الوكيل، لأنه سفيرٌ لا يتعلق به حقوقُ العقد، بل يتوقفُ على إجازةِ الموكِّل، وقد عُرف.

قال: (**وللمُوَكِّلِ عَزْلُ وكِيلِه**) لأن الوكالةَ حقُّه، فله أن يُبطِلها، إلا أن يتعلق بها حقُّ الغير كالوكالةِ المشروطةِ في بيع الرهنِ ونحوه، فليس له عزلُه لما فيه من إبطال حقِّ الغير.

(**ويَتَوَقَّفُ على عِلمِه**) اعتباراً بنهي صاحب الشرع، ولأنه لو انعزلَ بدون علمِه يتضرَّرُ، لأن الحقوق ترجع إليه فيتصرَّفُ في مال الموكِّل بناء على الوكالةِ، فينقُدُ الثمنَ ويسلِّمُ المبيعَ فيضمَنُه، وأنه ضررٌ به، وهو نظير الحَجْر على المأذون، وكذٰلك لو عَزَلَ الوكيلُ نفسَه لا ينعزلُ بدون عِلم الموكِّل، لأنه عقدٌ تمَّ بهما، وقد تعلَّق به حقُّ كلٍّ واحدٍ منهما، ففي إبطالِه بدون عِلم أحدِهما إضرارٌ به.

قال: (**وتَبْطُلُ الوَكالَةُ بمَوتِ أحَدِهما وجُنُونِه جُنُوناً مُطْبِقاً، ولَحاقِه مُرتَدّاً بدارِ الحَرْبِ**) أما الموتُ فلإبطال الأهليةِ، ولأن الأمر يبطُلُ بالموت، وكذٰلك الجنونُ، وكذٰلك مُلكُ الموكِّل يزولُ بموتِه إلى الورثة، واللَّحاق مع الرِّدَّة موتٌ حُكماً، ولو جُنَّ يوماً ويُفيقُ يوماً لا يبطُلُ، لأنه في معنى الإغماء، لأنه عَجْزٌ يحتملُ الزوال، كالعَجْز بالنوم والإغماء، وعن أبي يوسف: لا ينعزلُ حتى يُجنَّ أكثرَ السنة، لأنه متى دامَ كذٰلك لا يزول غالباً، فصار كالموت، وعن محمد:

وإذا عَجَزَ المُكاتَبُ أو حُجِرَ على المأذُونِ أو افترَقَ الشَّرِيكانِ بَطَلَ تَوكِيلُهُم وإن لم يَعلَمْ به الوَكِيلُ، وإذا تَصَرَّفَ المُوَكِّلُ فيما وَكَّلَ به بَطَلَت الوَكالَةُ.

سنةً، وهو الصحيح، لأنه إن كان لعلَّةٍ أو مرضٍ يزولُ أو يتغير في سنةٍ لاشتمالها على الفصول الأربعة من حرارةِ الهواء وبُرودتِه ويَبْسِه ورُطوبتهِ، فإذا لم يَزَلْ فيها فالظاهر دوامُه.

ولو لَحِقَ الموكِّل أو الوكيلُ بدار الحرب مرتدّاً ثم عادَ، لا تعودُ الوكالةُ للحُكم ببطلانها. وقال محمد: تعودُ كالمريض إذا بَرَأَ والمجنونِ إذا أفاقَ.

قال: (**وإذا عَجَزَ المُكاتَبُ أو حُجِرَ على**[1] **المأذُونِ أو افترَقَ الشَّرِيكانِ بَطَلَ تَوكِيلُهُم وإن لم يَعلَمْ به الوَكِيلُ**) لأن بهٰذه العوارضِ لم يبقَ للموكِّل مالٌ، وانتقل إلى غيره، فيقع تصرُّف الوكيل في مالِ الغير بغير أمرِه، فلا يجوز، وصار كالموت.

ولو وكَّلَه وقال: كلما عزلتُك فأنت وكيلي، صحَّ ويكونُ لازماً، وطريقُ عزلِه أن يقول له: عزلتُك كلما وكَّلتُك، وقيل: لا ينعزل بذٰلك، لأن العزل عن الوكالة المعلَّقة لا يصحُّ، والأصحُّ أن يقول: رجعتُ عن الوكالة المعلَّقة[2]، وعزلتُك عن الوكالة المنجَّزة.

قال: (**وإذا تَصَرَّفَ المُوَكِّلُ فيما وَكَّلَ به بَطَلَت الوَكالَةُ**) والمراد تصرُّفاً يُعجِزُ الوكيلَ عن البيع، لأنه عزلٌ حكماً، وذٰلك كالبيع والهبةِ

---

(١) لفظة: «على» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) لفظة: «المعلقة» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

مع التسليم والإعتاقِ والتدبيرِ والكتابةِ والاستيلاد، وإذا كان تصرُّفاً لا يُعجِزُه لا ينعزل، كما إذا أذنَ للعبد في التجارةِ، أو رَهَنَه أو آجرَه، لأنه لا يُعجزه عن عقدٍ يوجبُ الملكَ للمشتري، ولو وَكَّله ببيعِ عبدِه فباعه الموكِّل بطلت الوكالةُ، ولو باعاه معاً قال محمد: هو للمشتري من الموكِّل، لأنه باع ملكَه فكان أولى. وعند أبي يوسف: هو بينهما، لأن بيع الوكيل مثلُ بيع الموكِّل، ألا ترى أنه لو تقدَّم بطلَ بيعُ الموكِّل، كما إذا تقدم بيعُ الموكِّل بطَلَ بيعُ الوكيل، وإذا استويا كان بينهما لعدم الأولوية.

قال: (**والوَكِيلُ بقَبْضِ الدَّينِ وَكِيلٌ بالخُصُومَةِ فيه**) خلافاً لهما، وبقبضِ العين لا يكون وكيلاً بالخُصومة فيها بالإجماع. لهما: أنه ليس كلُّ مَن يصلُحُ للقبض يَعرفُ الخُصومةَ ويهتدي إلى المحاكمة، فلا يكون الرِّضا بالقَبض رِضاً بالخُصومة. وله أنه وكَّله بأخذ الدَّين من مالِه، لأن قبض نفس الدَّين لا يُتصوَّر، ولهٰذا قلنا: إن الديون تُقضَى بأمثالها، لأن المقبوضَ ملكُ المطلوب حقيقةً، وبالقبض يتملَّكُه بدلاً عن الدَّين، فيكون وكيلاً في حقّ التمليك، ولا ذٰلك إلا بالخُصومة، وصار كالوكيل يأخذُ الشُّفعةَ. وثمرتُه إذا أقام الخصمُ البينةَ على استيفاء الموكِّل أو إبرائِه تُقبَلُ عنده، خلافاً لهما، أما في العَين فهو ناقلٌ لأنها أمانةٌ في يد المطلوب، ولو أقام البينةَ أن الموكِّل باعَه إياها سُمِعَتْ في منع الوكيل من القبض دونَ البيع، لأن الوكيل ليس بخصمٍ إلا أنها تضمَّنت إسقاطَ حقِّه من القبض فيقتصرُ عليه، ونظيرُه: لو وكَّله بنقل زوجتِه أو عبدِه

والوَكِيلُ بالخُصُومَة وَكِيلٌ بالقَبْضِ خلافاً لزُفَرَ، والفَتوَى على قَولِ زُفَرَ، ولو أَقرَّ الوَكِيلُ على مُوَكِّلِه عند القاضِي نَفَذَ، وإلاّ فلا (س ف). . . . .

فأقاما البينةَ على العِتق والطلاقِ سُمِعَتْ في قصر يدِه عنهما، ولا يثبتُ العتقُ ولا الطلاقُ لما قلنا، والوكيلُ بطلبِ الشُّفعةِ والردِّ بالعيبِ والقِسمةِ يملكُ الخصومةَ، لأنه لا يتوصَّل إلى ذٰلك إلا بالخُصومة.

قال: (والوَكِيلُ بالخُصُومَة وكيلٌ بالقَبْضِ خلافاً لزُفَرَ) لأنه رضي بخُصومتِه لا بقبضِه، وليس كلُّ مَن يصلُح للخُصومة مؤتمَنٌ على القبض. ولنا أن المقصود من الخُصومة استيفاءُ الدَّين، فكان المقصودُ من الوكالة الاستيفاءَ، فيملكُه.

(والفَتوَى على قَولِ زُفَرَ) لفساد الزمان وكثرةِ ظهور الخِيانة في الناس. والوكيلُ بالتقاضي يملك القبض بالإجماع، لأنه لا فائدةَ للتقاضي بدون القبض.

قال: (ولو أَقرَّ الوَكِيلُ على مُوَكِّلِه عند القاضِي نَفَذَ، وإلاّ فلا) وقال أبو يوسف أولاً: لا ينفُذُ أصلاً، وهو قول زفر، ثم رجع وقال: يجوزُ في مجلس القاضي وغيرِه. لزفر: أن الإقرار يضادُّ الخصومةَ، والشيءُ لا يتناول ضدَّه، كما لا يتناول الصلحَ والإبراء. ولأبي يوسف: أن الوكيلَ قائمٌ مقام الموكِّل، فيجوزُ إقرارُه عند القاضي وغيرِه كالموكِّل. ولهما: أنه أقامَه مقامَه في جواب هو خصومةٌ، فيتقيَّد لمجلس القاضي، فإذا أقرَّ في غير مجلسِه فقد أقرَّ في حالةٍ ليس وكيلاً فيها. وجواب زفر: أنه وكَّله بالجواب، والجوابُ يكون بالإنكار ويكون بالإقرار، وكما

ادَّعَى أنَّه وَكِيلُ الغائِبِ في قَبْضِ دَيْنِه وصَدَّقَه الغَرِيمُ أُمِرَ بِدَفْعِه (ف) إليه، فإن جاءَ الغائِبُ فإن صَدَّقَه وإلا دَفَعَ إليه ثانياً، ويَرجِعُ على الوَكِيلِ إن كانَ في يَدِه،

يملك أحدَهما بمطلَق الوكالة يملك الآخرَ، وصار كما إذا أقرَّ أنه قبضَه بنفسه، والإقرارُ في مجلس القاضي خصومةٌ مجازاً، لأن الخصومةَ سبب له، وتبطُلُ وكالتُه عند مَن قال: لا يصحُّ إقرارُه، لأن إقراره تضمَّن إبطالَ حقِّ الموكِّل ولا يملكُه، وإبطالُ حقِّه في الخُصومةِ وأنه يملكُه فيبطلُ.

والأب والوصيُّ لا يصحُّ إقرارهما على الصغير بالإجماع، لأنه لا يصحُّ إقرارُ الصغير فكذا نائبُه، أو لأن ولايتَهما نظريةٌ ولا نظرَ فيه. وذكر محمد في «الزيادات»: لو وكَّله على أن لا يُقِرَّ جاز من غير فصل. وروى ابن سَمَاعة عن محمد: أنه يجوزُ إن كان طالباً، لأنه لا يُجبَر على الخصومة، فيوكّل بما يشاء، وإن كان مطلوباً لا يجوز لأنه يُجبَر على الخصومة، فلا يوكّل بما فيه إضرارٌ بالطالب.

قال: (**ادَّعَى أنَّه وَكِيلُ الغائِبِ في قَبْضِ دَيْنِه وصَدَّقَه الغَرِيمُ أُمِرَ بِدَفْعِه إليه**) لأنه إقرارٌ على نفسه، لأن ما يقبضُه إنما يقبضه من مالِه لما بينا أن الديون تُقضَى بأمثالها.

(**فإن جاءَ الغائِبُ فإن صَدَّقَه وإلا دَفَعَ إليه ثانياً**) لأنه لما أنكر الوكالةَ لم يثبت الاستيفاءُ.

(**ويَرجِعُ على الوَكِيلِ إن كانَ في يَدِه**) لأنه لم يحصُل غَرَضُه بالدفع، وهو براءةُ ذمَّتِه من الدَّين.

وإن كانَ هالِكاً لا يَرْجِعُ إلا أن يكُونَ دَفَعَه إليه ولم يُصَدّقْهُ، وإن ادَّعَى أنَّه وَكِيلُه في قَبْضِ الوَدِيعَةِ لم يُؤْمَر بالدَّفْعِ إليه وإن صَدَّقَه. ولو قال: ماتَ المُودِعُ وتَرَكها مِيراثاً له وصَدَّقَه أُمِرَ بالدَّفْعِ إليه، ولو ادَّعَى الشِّرَاءَ من المُودِعِ وصَدَّقَه لم يَدفَعها إليه.

(**وإن كانَ هالِكاً لا يَرْجِعُ**) لأنه لما صدَّقه في الوكالة فقد اعترَفَ أنه قبضَه بحقٍّ، وأن الطالب ظالمٌ له.

قال: (**إلا أن يكُونَ دَفَعَه إليه ولم يُصَدّقْهُ**) لأنه دفعَه رجاءَ الإجازة، فإذا لم يحصل له ذٰلك رَجَعَ عليه. وكذٰلك إن أعطاه مع تكذيبه إياه، وكذٰلك إن[1] أعطاه مع تصديقِه وقد ضمَّنه عند الدفع: أي أخذَ منه كفيلاً بذٰلك، لأن المأخوذ ثانياً مضمونٌ على الوكيل في زعمهما فيضمَنه، وفي جميع هٰذه الوجوه ليس للدافع استردادُ ما دَفَعَ ما لم يحضر الغائبُ، لأنه صار حقاً للغائب قطعاً أو محتملاً.

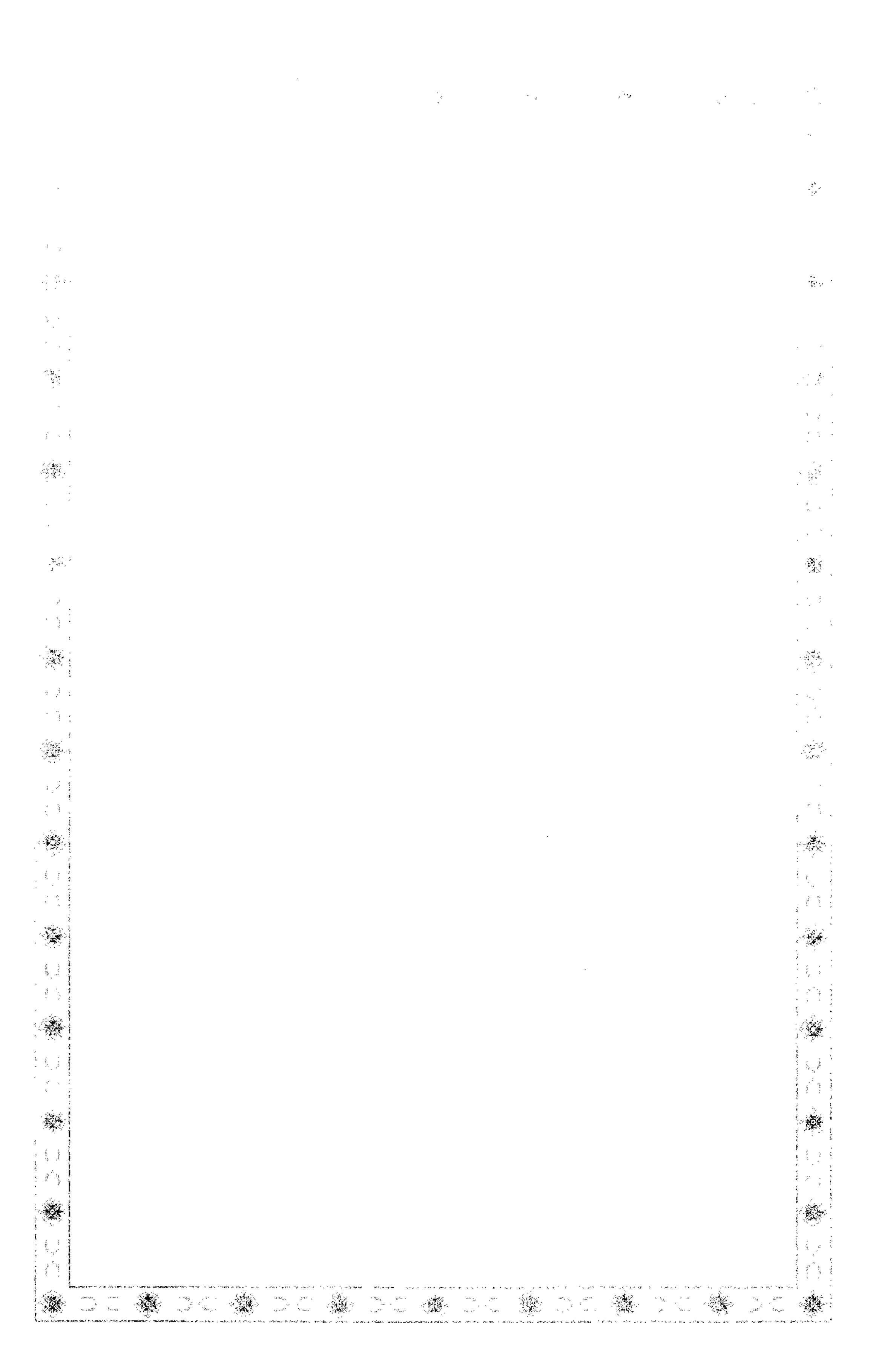
قال: (**وإن ادَّعَى أنَّه وَكِيلُه في قَبْضِ الوَدِيعَةِ لم يُؤْمَر بالدَّفْعِ إليه وإن صَدَّقَه**) لأنها مالُ الغير، فلا يُصدَّق عليه، فلو دفعها ضَمِن.

(**ولو قال: ماتَ المُودِعُ وتَرَكها مِيراثاً له وصَدَّقَه أُمِرَ بالدَّفْعِ إليه**) لأنه لما صدَّقه على الموت فقد انتقَل مالُه إلى وارثِه، فإذا صدَّقه أنه الوارثُ لا وارثَ له غيرُه تعين مالكاً، فيؤمَر بالدفع إليه.

(**ولو ادَّعَى الشِّرَاءَ من المُودِعِ وصَدَّقَه لم يَدفَعها إليه**) لأنه مهما كان حياً فملكُه باقٍ، فلا يُصدَّقان عليه في انتقاله بالبيع ولا بغيره.

---

(١) لفظة: «إن» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).



كتاب الكفالة

وهي ضَمُّ ذِمَّةِ الكَفِيلِ إلى ذِمَّةِ الأَصِيلِ في المُطالَبةِ، . . . .

كتاب الكفالة

(وهي) في اللغة: الضَّمُّ، قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، أي: ضمَّها إلى نفسه، وقال عليه السلام: «أنا وكافلُ اليتيم كهاتين في الجنة»[1]، أي: الذي يضمُّه إليه في التربية، ويسمَّى النصيبُ كِفلاً لأن صاحبه يضمُّه إليه.

وفي الشرع: (ضَمُّ ذِمَّةِ الكَفِيلِ إلى ذِمَّةِ الأَصِيلِ في المُطالَبةِ) هو الصحيح، ولهٰذا يَبْرَأُ الكفيل ببراءةِ الأصيل، لعدم بقاء المطالبة، ولا يبرَأ الأصيلُ ببراءةِ الكفيل لبقاء الدَّين في ذِمَّتِه، وهي عقدُ وثيقةٍ وغرامةٍ، شُرعت لدفع الحاجة، وهو وصولُ المكفول له إلى إحياء حقِّه، وأكثر ما يكون أوّلُها ملامةً وأوسطُها ندامةً وآخرُها غرامةً. دلَّ على شرعيتها قولُه ﷺ: «الزعيمُ غارمٌ»[2] أي: الكفيل ضامنٌ، وبُعِثَ

---

(١) أخرجه من حديث سهل بن سعد البخاري (٥٣٠٤)، وهو في «المسند» (٢٢٨٢٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٦٠).

وأخرجه من حديث أبي هريرة مسلم (٢٩٨٣)، وهو في «المسند» (٨٨٨١)، وانظر تمام تخريجه وشواهده فيه.

(٢) أخرجه من حديث أبي أمامة أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وهو في «المسند» (٢٢٢٩٤). وإسناده حسن.

ولا تَصِحُّ إلاَّ مِمَّن يَملِكُ التَّبَرُّعَ، وتَجُوزُ بالنَّفسِ والمالِ، . . . .

عليه السلام والناسُ يتكفَّلون فأقرَّهم عليه، وعليه الناسُ من لَدُنِ الصدْر الأوّل إلى يومنا من غير نكير.

ورُكْنُها قولُ الكفيل: كَفَلْتُ لك بمالك على فلانٍ، وقولُ المكفول له: قبلتُ. وقال أبو يوسف: القَبول ليس بشرطٍ، بناءً على أنها التزامُ مطالبةٍ للحال لا غير. وعندهما: المطالبةُ للحال، وإيجابُ الملك في المؤدَّى عند الأداء على ما يأتي في أثناء المسائل.

وشرطُها: كونُ المكفول به مضموناً على الأصيل، مقدورَ التسليم للكفيل، ليصحَّ الالتزامُ بالمطالبة وتُفيد فائدتها، وأن يكون الدَّينُ صحيحاً، حتى لا تصحُّ الكفالةُ ببدل الكتابة، لأن المولى لا يستوجب على عبدِه شيئاً، وإنما وجب ضرورةَ صحةِ الكتابة نظراً للعبد ليَتَوصل به إلى العِتق.

وحكمُها: صَيرورةُ ذمةِ الكفيل مضمومةً إلى ذمةِ الأصيل في حقّ المطالبة دون أصل الدَّين لما مرّ، ولا يلزمُ من لزوم المطالبة على الكفيل وجوب الدَّين عليه، ألا ترى أن الوكيل مطالَبٌ بالثمن وهو على الموكِّل، حتى لو أبرَأَ البائعُ الموكَّلَ عن الثمن جاز وسقطت المطالبةُ عن الوكيل.

قال: (**ولا تَصِحُّ إلاَّ مِمَّن يَملِكُ التَّبَرُّعَ**) لأنه التزامٌ بغير عِوَضٍ، فكان تبرّعاً.

(**وتَجُوزُ بالنَّفسِ والمالِ**) لما روينا وذكرنا من الحاجةِ والإجماع،

وتَنعَقِدُ بالنَّفسِ بقولِه: تكَفَّلْتُ بنَفْسِه أو برَقَبَتِه، وبِكُلِّ عُضْوٍ يُعَبَّرُ به عن البَدَنِ، أو بالجُزءِ الشَّائعِ كالخُمُسِ والعُشُرِ، وبقولِه: ضَمِنْتُه، وبِقولِه: عَليَّ، وإليَّ،

ولأنه قادرٌ على التسليم. أما المالُ فلولايتِه على مال نفسِه، وأما النفسُ بأن يعلَمَ الطالبُ بمكانِه ويُخلِّى بينهما وبأعوان السلطان والقاضي، فيصحُّ دفعاً للحاجة.

قال: (وتَنعَقِدُ بالنَّفسِ بقولِه: تكَفَّلْتُ بنَفْسِه أو برَقَبَتِه، وبِكُلِّ عُضْوٍ يُعَبَّرُ به عن البَدَنِ) لأنه صريح بالكفالة بالنفس.

(أو بالجُزءِ الشَّائعِ كالخُمُسِ والعُشُرِ) لأن النفس لا تتجزَّى، فذِكرُ البعض ذِكرُ الكلِّ.

(وبقولِه ضَمِنْتُه) لأنه معنى الكفالة.

(وبقولِه: عَليَّ، وإليَّ) لأنهما بمعنى الإيجاب، قال عليه السلام: «من تَرَكَ كَلاًّ أو عِيالاً فإليَّ»[1] أي: عَلَيَّ. ومات رجلٌ وعليه ديناران

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٥٤ فقال: وبهٰذا اللفظ أورده في «الهداية» ولم يذكره المخرجون، وإنما ذكروا ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاًّ فإلينا» متفق عليه. قلنا: هو عند البخاري برقم (٢٣٩٨)، ومسلم (١٦١٩) (١٧).

وانظر حديث أبي هريرة في «المسند» (٧٨٦١) و(٧٨٩٩)، و«صحيح ابن حبان» (٣٠٦٢).

وأخرجه من حديث المقدام ابن ماجه (٢٦٣٤)، وهو عند أحمد في «مسنده» (١٧١٧٥) و«صحيح ابن حبان» (٦٠٣٥) بلفظ: «من ترك كلاًّ فإلينا، ومن ترك مالاً فلورثته». =

وأنا زَعِيمٌ، أو قَبِيلٌ، والوَاجِبُ عليه إحضَارُه وتَسلِيمُه في مَكانٍ يُقْدَرُ على مُحاكَمَتِه، . . . .

فامْتَنَع النبيّ عليه السلام من الصلاة عليه، فقال عليٌّ رضي الله عنه: هما عَلَيَّ، فصلَّى عليه[1].

(و) بقوله: (**أنا زَعِيمٌ**) للنَّصِّ (**أو قَبِيلٌ**) لأنه بمعنى الكَفيل لغةً وعُرفاً، وكذا قوله: أنا ضَمِينٌ، أو: لكَ عندي هٰذا الرجل، أو: عليَّ أن أوافيكَ به، أو: أن ألقاكَ به، لأن ذٰلك يؤدِّي معنى الكفالة.

قال: (**والوَاجِبُ عليه إحضَارُه وتَسلِيمُه في مَكانٍ يُقْدَرُ على مُحاكَمَتِه**) ليُفيدَ تسليمَه.

= وأخرجه كذلك من حديث المقدام أبو داود في «سننه» (٢٩٠٠) لكن بلفظ: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً أو ضيعة فإلي، ومن ترك مالاً فلورثته. . .» الحديث. وهو في «المسند» (١٧١٩٩). وهو حديث جيد من حديث المقدام.

وانظر حديث جابر عند مسلم (٨٦٧)، وابن ماجه (٤٥) و(٢٤١٦)، وابن حبان في «صحيحه» (١٠).

(١) أخرجه من حديث علي الدارقطني في «سننه» (٢٩٨٤)، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٧٣. وفي إسناده عطاء بن عجلان، قال البيهقي: ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصح، والله أعلم. قلنا: وروايات أبي قتادة هٰذه في تحمل الدين، أخرجها أبو داود (٣٣٤٣)، وابن حبان (٣٠٦٤)، وانظر تمام تخريجها عنده.

حديث أبي قتادة نفسه في هٰذا في «المسند» برقم (٢٢٥٤٣)، و«صحيح ابن حبان» (٣٠٥٨). وانظر تمام تخريجه فيهما.

فإذا فَعَلَ ذٰلك بَرِئَ، ولو سَلَّمَه في مِصْرٍ آخَرَ بَرِئَ، فإن شَرَطَ تَسليمَه في وقتٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَه إحضَارُه فيه إذا طَلَبَه منه، فإن أحضَرَه وإلاَّ حَبَسَه الحاكِمُ، فإذا مَضَتِ المُدَّةُ ولم يُحضِرْه حَبَسَه، وإذا حَبَسَه وثَبَتَ عند القاضِي عَجْزُه عن إحضَارِه خَلَّى سَبِيلَه، . . . .

(**فإذا فَعَلَ ذٰلك بَرِئَ**) لأنه أتى بما التزمه وحَصَلَ مقصودُ المفكول له. ولو سلَّمه في برِّيَّةٍ لا يبرأُ لعدم الفائدةِ، فإنه لا يُقْدَرُ على محاكمتِه، وكذٰلك في السَّواد لأنه لا حاكمَ بها. ولو سلَّمه في المِصْر أو السوقِ بَرِئَ لقُدرته عليه بأعوان القاضي والمسلمين، وقيل: لا يَبْرَأ في زماننا لمعاونتهم على منعِه منه عادةً.

(**ولو سَلَّمَه في مِصْرٍ آخَرَ بَرِئَ**) لقُدرته على مخاصمتِه فيه، وقالا: لا يَبْرَأ لأن شهودَه قد لا يكونون فيه، قلنا: وقد يكونون فيه.

قال: (**فإن شَرَطَ تَسليمَه في وقتٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَه إحضَارُه فيه إذا طَلَبَه منه**) إلزاماً له بما التزم.

(**فإن أحضَرَه وإلاَّ حَبَسَه الحاكِمُ**) لأنه صار ظالماً بمنعِه الحقّ، وقيل: لا يُحبَس أوّلَ مرّةٍ لأنه ما ظهر ظلمُه، وهٰذا إذا كان المكفولُ به حاضراً، فلو كان غائباً أمهَلَه الحاكمُ مدَّةَ ذهابِه وإيابِه.

(**فإذا مَضَتِ المُدَّةُ ولم يُحضِرْه حَبَسَه**) لامتناعه من إيفاء الحقّ.

(**وإذا حَبَسَه وثَبَتَ عند القاضِي عَجْزُه عن إحضَارِه خَلَّى سَبِيلَه**) ويسلِّمُه إلى الذي حَبَسه، وإن شاء لازمه إلا أن يكون في ملازمتِه تفويتُ قُوتِه وقوتِ عِياله، فيأخذُ منه كفيلاً بنفسِه ويخلِّيْه.

وإذا لم يَعلَم مَكانَه لا يُطالَبُ به، وتَبطُلُ بِمَوتِ الكَفِيلِ والمَكفُولِ به دُونَ المَكفُولِ له. وإن تَكَفَّلَ به إلى شَهرٍ فسَلَّمَه قَبْلَ الشَّهرِ بَرأ، وإن قال: إن لم أُوافِكَ به فعَلَيَّ الألْفُ التي عليه فلم يُوافِ به، فعليه الألْفُ، . . . .

(**وإذا لم يَعلَم مَكانَه لا يُطالَبُ به**) لعجزه عن إحضارِه فصار كالموت، إلا أن في الموت تبطُلُ الكفالةُ أصلاً للتيقُّن بالعَجْز، وهنا لا، لاحتمال القُدرةِ بالعِلم بمكانِه.

ولو ارتدَّ المكفولُ به ولَحِقَ بدار الحرب، إن عَلِم القاضي أنه يمكنُه دخولُ دار الحرب وإحضارُه فهو كالغَيبة المعلومة، وإن كان لا يمكنُه فكالغَيبة المجهولة، ولا تبطُلُ الكفالةُ لأنه مطالَبٌ بالتوبة، والرجوعُ مُمْكِنٌ، فيُمكن الكفيلَ إحضارُه بعدَ رِدَّتِه كالغَيبة المجهولة.

قال: (**وتَبطُلُ بِمَوتِ الكَفِيلِ والمَكفُولِ به دُونَ المَكفُولِ له**) أما الكفيلُ فلعجزِه، والورثةُ لم يتكفَّلوه، وإنما يخلُفُونه فيما له، لا فيما عليه. وأما المكفولُ به فلما مرَّ، بخلاف المكفول له، لأن الكفيل غيرُ عاجزٍ، والورثةُ يخلُفُون المكفول له في المطالَبَة لأنه حقُّه، قال عليه السلام: «من ترك مالاً أو حقاً فلوَرَثته»[1].

قال: (**وإن تَكَفَّلَ به إلى شَهرٍ فسَلَّمَه قَبْلَ الشَّهرِ بَرأ**) كتعجيل الدَّين المؤجَّل. وهٰذا لأن التأجيل حقُّه، فله إسقاطُه.

قال: (**وإن قال: إن لم أُوافِكَ به فعَلَيَّ الألْفُ التي عليه، فلم يُوافِ به فعليه الألْفُ**) لصحَّة التعليق، ووجودِ الشرط.

---

(١) سلف تخريجه ص٤٠٣.

والكَفالَة باقِيةٌ.

والكَفالةُ بالمالِ جائزةٌ إذا كانَ دَيناً صحِيحاً، حتَّى لا تَصِحُّ ببدَلَ الكِتابةِ والسِّعايَةِ والأماناتِ والحُدُودِ والقِصَاصِ، وإذا صَحَّتِ الكَفالَةُ، فالمكفُولُ له إن شاءَ طالَبَ الكَفِيلَ وإن شاءَ طالَبَ الأصِيلَ، . . . .

(**والكَفالَة باقِيةٌ**) لأنه لا منافاةَ بين الكفالتين، ولاحتمال أن يكون عليه حقٌّ آخرُ غير الألف. ولو قال الطالب: لا حقَّ لي قِبَل المكفول به، فعلى الكفيل تسليمُه لاحتمال أنه وصِيٌّ أو وكيلٌ. ولو أخَذَ منه كفيلاً آخرَ لا يبرأُ الأوّلُ لعدم المنافاة، وإذا سلَّمه الكفيلُ إليه بَرَأ، وإن لم يقبلْه الطالبُ كإيفاء الدين، وكذا إذا سلَّمه وكيلُه أو رسولُه لقيامهما مقامَه، وكذا إذا سلَّم المكفولُ به نفسَه عن كفالتِه، لأن الحقَّ عليه وهو مطالَبٌ بالخصومة، فله الدفعُ عنه كالمكفول بالمال.

قال: (**والكَفالةُ بالمالِ جائزةٌ إذا كانَ دَيناً صحِيحاً، حتَّى لا تَصِحُّ ببدَلَ الكِتابةِ والسِّعايَةِ والأماناتِ والحُدُودِ والقِصَاصِ**) لما بيناه في أوّل الكتاب، وسواءٌ كان المكفولُ به معلوماً أو مجهولاً، كقوله: تكفَّلتُ بما لَكَ عليه، أو بما يدركك[1]، لأن مبناها على التوسُّع فيُحتَمَل[2] فيها هٰذه الجهالةُ اليسيرة.

(**وإذا صَحَّتِ الكَفالَةُ، فالمكفُولُ له إن شاءَ طالَبَ الكَفِيلَ، وإن شاءَ طالَبَ الأصِيلَ**) لما بينا من الضَّمِّ، وله مطالبتُهما جمعاً وتفريقاً

---

(١) في (س): يدرك، والمثبت من (م)، ومعناه أن يقول: تكفلت عنه بما يدركك من العوارض في هٰذا البيع.

(٢) في (س): فيتحمل، والمثبت من (م).

ولو شَرَطَ عَدَمَ مُطالَبةِ الأصِيلِ فهي حَوالَةٌ كمَا إذَا شَرَط في الحَوالَةِ مُطالَبَةَ المُحِيلِ تكونُ كفَالَةً، وَتَجُوزُ بِأمْرِ المَكْفُولِ عَنْهُ وبغَيْرِ أمْرِهِ، فإنْ كانَتْ بِأمْرِهِ فأدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ، وَإنْ كانَ بِغَيْرِ أمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ، وَإذَا طُولِبَ الكَفِيلُ وَلُوزِمَ طالَبَ المَكْفُولَ عَنْهُ وَلازَمَهُ، وَإن أدَّى الأصِيلُ أو أبرأهُ رَبُّ الدَّينِ برأ الكَفِيلُ،

ليتحقق معنى الضَّمِّ، بخلاف الغصب إذا اختار المالكُ تضمينَ أحدِ الغاصِبَين ليس له مطالبةُ الآخر، لأنه لما اختار تضمينَه فقد ملَّكَه العينَ، فليس له أن يملِّكها للآخر.

قال: (ولو شَرَطَ عَدَمَ مُطالَبَةِ الأصِيلِ فهي حَوالَةٌ) لوجود معناها.

(كمَا إذَا شَرَط في الحَوالَةِ مُطالَبَةَ المُحِيلِ تكونُ كفَالَةً) لوجود معنى الكفالةِ، والعبرةُ للمعاني.

قال: (وَتَجُوزُ بِأمْرِ المَكْفُولِ عنه وبغيرِ أمرِه) لأنه إلزامٌ على نفسِه ليس على غيره فيه ضررٌ.

(فإنْ كانَتْ بِأمْرِهِ فأدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ) لأنه قضَى دَينَه بأمره.

(وَإنْ كانَ بِغَيْرِ أمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ) لأنه متبرِّعٌ.

قال: (وَإذَا طُولِبَ الكَفِيلُ وَلُوزِمَ طالَبَ المَكْفُولَ عَنْهُ وَلازَمَهُ) ويقول له: أدِّ إليه، ولا يقول: إليَّ، وكذا يحبسُه إذا حبسَه، لأن ما لحقَه بسببه، فيأخذُه بمثلِه، وليس له مطالبتُه قبلَ ذٰلك، لأنه ما لزمه بسببه شيءٌ.

قال: (وَإن أدَّى الأصِيلُ أو أبرأهُ رَبُّ الدَّينِ برأ الكَفِيلُ) لأنه تَبعٌ، ولأن الكفالة بالدَّين، ولا دَين محالٌ.

وإن أُبْرِئَ الكَفيلُ لم يَبْرَأ الأَصِيلُ، وإن أُخِّرَ عن الأَصِيلِ تأخَّرَ عن الكَفيلِ، وبالعَكسِ لا. وإن قال الطَّالِبُ لِلكَفِيلِ: بَرِئْتَ إليَّ مِنَ المَالِ رَجَعَ به على الأَصِيلِ، ولو قال: أبرأْتُكَ لم يَرْجِع، ....

(**وإن أُبْرِئَ الكَفيلُ لم يَبْرَأ الأَصِيلُ**) لأن الدَّين على الأصيل، وبقاؤُه عليه بدون مطالبةِ الكفيل جائزٌ.

(**وإن أُخِّرَ عن الأَصِيلِ تأخَّرَ عن الكَفيلِ، وبالعَكسِ لا**) لأنه إبراءٌ مؤقت، فيعتبَر بالإبراء المطلَق. فإن صالَحَ الكفيل ربَّ المال من الألف على خمس مئةٍ بَرِئَ هو والأصيلُ، لأنه لما أضافه إلى الدَّين وهو على الأصيل بَرِئَ الأصيلُ، فيبرأُ الكفيلُ، ثم يرجعُ الكفيلُ على الأصيل بخمس مئةٍ إن كانت الكفالةُ بأمره، ولو صالَحَ بخلاف جنسِ الدَّين رجع بجميع الألف لأنه مبادلةٌ، ولو صالَحه عما استوجَبَ بالكفالةِ لا يبرَأ الأصيلُ، لأنه إبراءٌ له عن المطالبة.

قال: (**وإن قال الطَّالِبُ لِلكَفِيلِ بَرِئْتَ إليَّ مِنَ المَالِ رَجَعَ به على الأَصِيلِ**) لأنه أضاف البراءةَ إلى فعلِ المطلوب، ولا يملك ذلك إلا بالأداء، فيرجع.

(**ولو قال: أبرأْتُكَ لم يَرْجِع**) لأنه إسقاطٌ، حتى لا تعلُّقَ له بغيره. ولو قال: برئتَ، رَجَعَ عند أبي يوسف، لأنها براءةٌ ابتداؤها من المطلوب، وذلك بالإيفاء. وقال محمد: لا يرجِعُ لأنه يحتمل الوجهين، فلا يرجع بالشَّكِّ، وهذا كله إذا غاب الطالبُ، أما إذا كان حاضراً يرجعُ إليه لأنه هو المُجمِل.

ولا يَصِحُّ تَعليقُ البرَاءَةِ منها بِشَرطٍ، وتَصِحُّ الكَفالَةُ بالأعيانِ المَضمُونَةِ بنفَسِها، كالمَقبُوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ، والمَغصُوبِ، والمَبِيعِ فاسِداً. ولا تَصِحُّ بالمَضمُونَةِ بِغيرها كالمَبِيعِ والمَرهُونِ، ولا تَصِحُّ إلاَّ بِقَبولِ المَكفُولِ له (ف) في المَجلِسِ (س)، . . . .

قال: (ولا يَصِحُّ تَعليقُ البرَاءَةِ منها بِشَرطٍ) كما في سائر الإبراءات، وقيل: يجوزُ لأن الكفيل إنما عليه المطالبةُ، ولهٰذا لا يرتدُّ إبراؤه بالرَّدِّ بخلاف سائر الإبراءات، فإنها تمليكٌ، فلا تصحُّ مع التعليق، وبخلاف براءة الأصيل، لأنها تمليكٌ، حتى ترتدُّ بالردِّ.

قال: (وتَصِحُّ الكَفالَةُ بالأعيانِ المَضمُونَةِ بنفَسِها، كالمَقبُوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ، والمَغصُوبِ، والمَبِيعِ فاسِداً) لأنه يجبُ تسليمُ عينِه حالَ بقائِه، وقيمتِه حال هلاكه، فكان مقدورَ التسليم، فيصحُّ.

(ولا تَصِحُّ بالمَضمُونَةِ بِغيرها كالمَبِيعِ والمَرهُونِ) لأنه لو هلك لا يجبُ شيءٌ، بل ينفسخُ البيعُ ويسقطُ الدَّين، فلهٰذا لا يصحُّ، وقيل: يصحُّ وهو الأصحّ، وتبطُلُ بالهلاك للقُدرة قبلَ الهلاك، والعجزِ بعدَه.

قال: (ولا تَصِحُّ إلاَّ بِقَبولِ المَكفُولِ له في المَجلِسِ) وعن أبي يوسف روايتان: في رواية: يتوقفُ على إجازتِه كسائر تصرُّفات الفُضُولي. وفي رواية: يجوزُ مطلقاً، لأنه التزامٌ لا ضرَرَ فيه على الطالب، فيستبدُّ الكفيلُ به، وفيه نفعٌ للطالب لانضمام ذمةِ الكفيل إلى ذمةِ الأصيل في المطالبة.

إلاَّ إذا قال المريضُ لِوارِثه: تكَفَّلْ بما عَليَّ مِن الدَّينِ، فتكَفَّلَ والغَرِيمُ غائِبٌ فيَصِحُّ، ولو قالَ لأجنَبِيٍّ فيه اختلافُ المَشايِخِ. ولا تَصِحُّ الكَفالَةُ عن المَيِّتِ (سم) المُفْلِس (ف). . . . .

ولهما: أنه تمليكُ المطالبةِ، فيشترطُ فيه القَبول في المجلس، كما في سائر التمليكات.

قال: (**إلاَّ إذا قال المريضُ لِوارِثه**[1]: **تكَفَّلْ بما عَليَّ مِن الدَّينِ، فتكَفَّلَ والغَرِيمُ غائِبٌ فيَصِحُّ**) ثم قيل: هو وصيةٌ، حتى لا تصحُّ إذا لم يكن له مالٌ، وقيل: تصحُّ لحاجتِهِ إلى إبراءِ ذمَّتِه، فقام مقامَ الطالب، وفيه نفعٌ للطالب.

(**ولو قالَ**) ذٰلك (**لأجنَبِيٍّ، فيه اختلافُ المَشايِخِ**).

قال: (**ولا تَصِحُّ الكَفالَةُ عن المَيِّتِ المُفْلِس**) وقالا: تصحُّ لأنه دَينٌ ثابت وَجَبَ للطالِبِ، ولم يُسقِطْه، فلا يسقُطُ بالموت، ألا ترى أنه لو كان له مالٌ أو كان به كفيلاً لا يسقُطُ؟ وكذا لو تبرّع به إنسانٌ صحَّ، ولو سَقَط بالموت لما ثبتت هٰذه الأحكام. وله: أنه سَقَطَ بموتِه لأنه عبارةٌ عن المطالبة وهي فعلٌ، ولهٰذا تُوصَفُ بالوجوب، إلا أنه يَؤُول إلى المال، وقد عَجَزَ بنفسه وخَلَفِه فيسقُطُ ضَرورةَ فواتِ عاقبةِ الاستفياء. أما إذا كان له مالٌ أو به كفيلٌ فهو قادرٌ بخَلَفِه، أو لأنه يُفضي إلى الأداء، فلا تفوتُ العاقبةُ، والتبرُّع لا يَعتمدُ بقاءَ الدَّين.

---

(١) في (س): لورثته، والمثبت من (م).

ويجُوزُ تَعليقُ الكَفالَةِ بِشَرطٍ مُلائِمٍ، كَشَرطِ وُجُوبِ الحَقّ، وهو قَولُه: ما بايَعتَ فُلاناً فعَليَّ، أو ما ذَابَ لك عليه فعَلَيَّ، أو ما غَصَبَك فعَليَّ، أو بِشَرطِ إمكانِ الاستِيفاءِ، كقَولِه: إن قَدِمَ فُلانٌ فعَليَّ وهو مَكفُولٌ عنه، أو بِشَرطِ تَعَذُّرِ الاستيفاءِ كقولِه: إن غابَ فعَليَّ، ولا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ الشَّرطِ كَقولِه: إن هَبَّتِ الريحُ أو جاءَ المَطَرُ. فلو جَعَلَهُما أجَلاً بأن قالَ: كَفَلْتُه إلىَ مَجِيءِ المَطَرِ أو إلى هُبُوبِ الرّيحِ لا يَصِحّ، ....

قال: (ويجُوزُ تَعليقُ الكَفالَةِ بِشَرطٍ مُلائِمٍ، كَشَرطِ وُجُوبِ الحَقّ، وهو قَولُه: ما بايَعتَ فُلاناً فعَليَّ، أو ما ذَابَ لك عليه فعَلَيَّ، أو ما غَصَبَك فعَليَّ، أو بِشَرطِ إمكانِ الاستِيفاءِ كقَولِه: إن قَدِمَ فُلانٌ فعَليَّ وهو مَكفُولٌ عنه، أو بِشَرطِ تَعَذُّرِ الاستيفاءِ كقولِه: إن غابَ فعَليَّ) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]. والإجماعُ منعقدٌ على صحَّةِ ضمان الدَّرَكِ[1]، وأنه في معنى ما ذكرنا من الشروط.

(ولا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ الشَّرطِ، كَقَولِه: إن هَبَّتِ الريحُ أو جاءَ المَطَرُ) لأنها جهالةٌ فاحشة.

(فلو جَعَلَهُما أجَلاً بأن قالَ: كَفَلْتُه إلىَ مَجِيءِ المَطَرِ أو إلى هُبُوبِ الرّيحِ لا يَصِحُّ) الأجلُ.

---

(١) الدَّرَك: بفتحتين: اسمٌ من أدركتُ الشيء. وسكون الراء لغةٌ، قاله في «المصباح المنير».

ويجِبُ المالُ حالاً، فإن قال: تكَفَّلْتُ بما لَكَ عليه فقامَتِ البَيِّنَةُ بشيءٍ لَزِمَه، وإن لم تكن له بيِّنَةٌ فالقولُ قولُ الكَفِيلِ، ولا يُسْمَعُ قولُ الأصيلِ عليه. ولا تَصِحُّ الكَفالَةُ بالحَملِ على دابةٍ بِعَينِها، وتَصِحُّ بِغَيرِ عَينِها. . . . .

(**ويجِبُ المالُ حالاً**) لأن الكفالةَ لا تبطُلُ بالشروط الفاسدةِ، كالنكاح والطلاق. وشرطُ الخِيار في الكفالة جائزٌ، وهي أَقْبَلُ للخِيار من البيع، حتى يُقبَلُ الخيارُ أكثرَ من ثلاثة أيام، لأنه لما صحَّ تعليقُه بالشرط فلأنْ يصحَّ بشرطِ الخِيار فيه أولى. فلو أقرَّ بكفالةٍ مؤجَّلةٍ لزِمَتْه الكفالة، ولا يصدَّقُ في الأجل إلا بتصديق الطالِب، كما في الإقرار بالدَّين.

قال: (**فإن قال: تكَفَّلْتُ بما لَكَ عليه، فقامَتِ البَيِّنَةُ بشيءٍ لَزِمَه**) لأن الثابت بالبينة كالمُعايَن حُكماً.

(**وإن لم تكن له بيِّنَةٌ فالقولُ قولُ الكَفِيلِ**) لأنه يُنكر الزيادة. (**ولا يُسْمَعُ قولُ الأصيلِ عليه**) لأنه إقرارٌ على الغير، ويلزمُه في حقِّ نفسه لما عرف.

قال: (**ولا تَصِحُّ الكَفالَةُ بالحَملِ على دابةٍ بِعَينِها، وتَصِحُّ بِغَيرِ عَينِها**) لأنه مقدورٌ له على أيِّ دابةٍ شاء، بخلاف المعيَّنةِ، لأنها لو ماتت عَجَزَ عن ذٰلك، وكذا لو تكفَّل بخِدمةِ عبدٍ بعينِه أو بخياطة خيَّاطٍ بيدِه، لأن فِعْلَه لا يقوم مقامَ فعل غيره، فإن تكفَّل بتسليمِ العبد أو الخِيَاط أو بفِعل الخياطةِ جاز لأنه مقدورٌ له، فإن المستحقَّ مطلق الخياطة، فأيُّ خياطة وُجدت حَصَل المكفول به.

عليهما دَيْنٌ، وكُلُّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ عن الآخَرِ، فما أَدَّاهُ أحدُهُما لم يَرْجِعْ على صاحِبِه حتَّى يَزِيدَ على النِّصفِ فيَرْجِعُ بالزِّيادَةِ، فإن تكَفَّلا عن رَجُلٍ وكُلُّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ عن الآخَرِ، فما أَدَّاهُ أحدُهُما رَجَعَ بِنِصْفِه على الآخَرِ،

ولو ضَمِنَ لامرأة عن زوجها بنفقةِ كلِّ شهر جاز، وليس له الرجوعُ عن الضمان في رأس الشهر. ولو ضمِنَ أجرةَ كلِّ شهر في الإجارة فله أن يرجعَ في رأس الشهر، والفرقُ أن السبب في النفقة لم يتجدّد عن رأس الشهرِ، بل تجبُ في الشهور كلِّها بسببٍ واحدٍ، وسببُ الأجرة في الإجارة يتجدَّدُ في كلِّ شهر لتجدُّد العقد، فله أن يرجعَ عن الكفالة المستقبَلَةِ.

قال: (**عليهما دَيْنٌ، وكُلُّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ عن الآخَرِ، فما أَدَّاهُ أحدُهُما لم يَرْجِعْ على صاحِبِه حتَّى يَزِيدَ على النِّصفِ فيَرْجِعُ بالزِّيادَةِ**) لأنه أصيلٌ في النصف كفيلٌ في النصف، والكفالةُ تَبَعٌ فتقع عن الأصيلِ إذ هو الأولى والأهمُّ، ثم ما يؤدِّيه بعدَ ذلك فهو عن الكفالة لتعيُّنها، فيرجع به لما مرَّ.

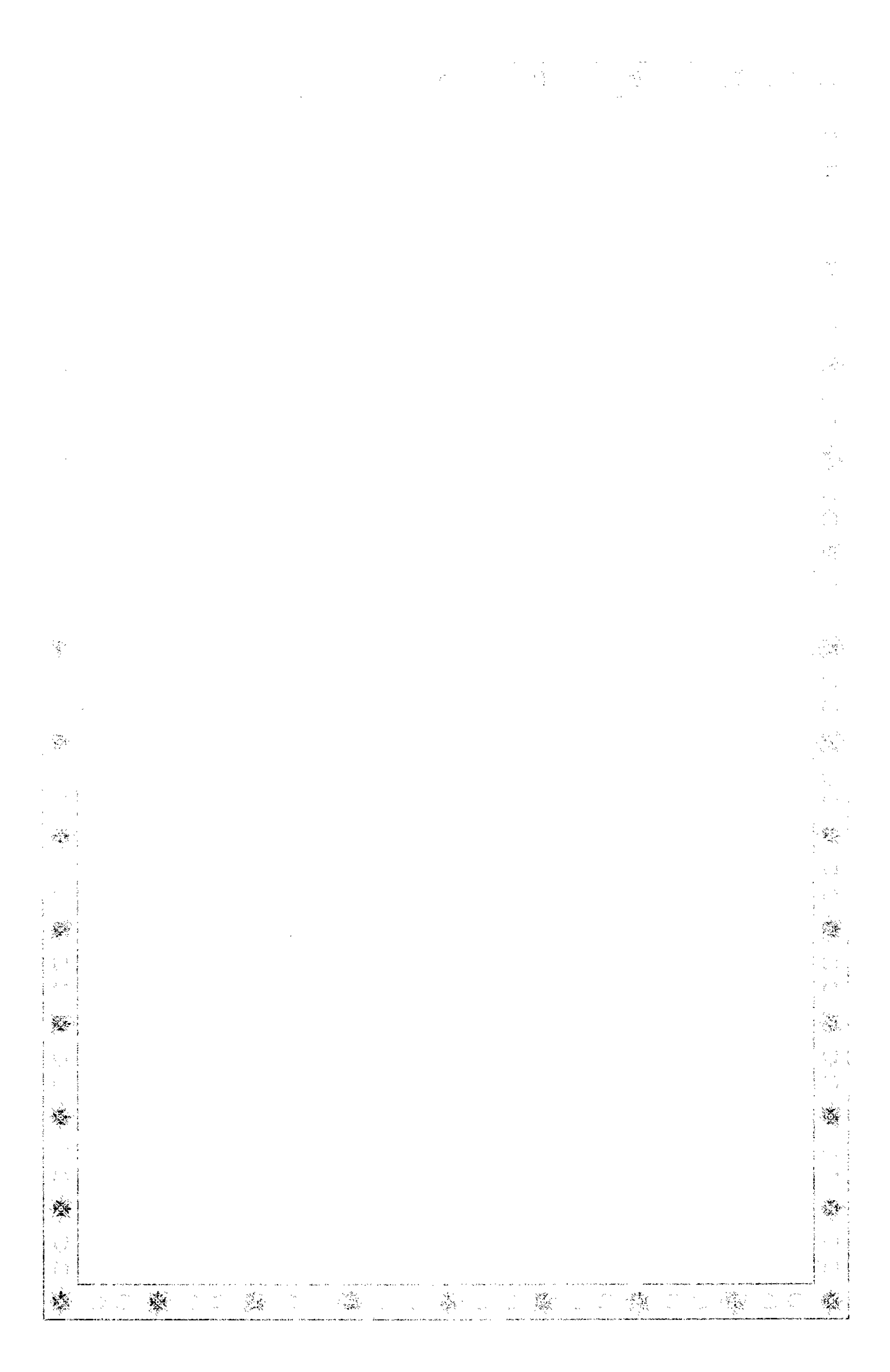
قال: (**فإن تكَفَّلا عن رَجُلٍ، وكُلُّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ عن الآخَرِ، فما أَدَّاهُ أحدُهُما رَجَعَ بِنِصْفِه على الآخَرِ**) لأن ما يلزم كلَّ واحدٍ منهما إنما لزمه بالكفالةِ، لأنه كَفَلَ عن شريكِه بالجميع، وعن الأصيلِ بالجميع، فما أدّاه أحدُهما وقع شائعاً عنهما لعدم الأولويَّة، إذ الكلُّ كفالةٌ، بخلاف المسألة الأولى، ثم يَرجِعان على الأصيل، لأنهما أدَّيا عنه بأمرِه، أحدُهما بنفسِه والآخرُ بنائبه.

وإن ضَمِنَ عن رَجُلٍ خَراجَه وقِسْمَتَه ونَوَائبَه جازَ إن كانَتِ النَّوَائِبُ بحَقٍّ، كَكَرْيِ النَّهرِ وأُجرَةِ الحارِسِ، وتَجْهيزِ الجَيشِ وفِدَاءِ الأسارَى، وإن لم تَكُن بحَقّ كالجِباياتِ، قالوا: تَصِحُّ في زمانِنا.

قال: (**وإن ضَمِنَ عن رَجُلٍ خَراجَه وقِسْمَتَه ونَوَائبَه جازَ إن كانَتِ النَّوَائِبُ بحَقٍّ، كَكَرْيِ النَّهرِ، وأُجرَةِ الحارِسِ، وتَجْهيزِ الجَيشِ، وفِدَاءِ الأسارَى**) أما الخراجُ فلأنه دَينٌ مطالَبٌ به يُمكنُ استيفاؤه فيصحُّ، وأما ما ذُكر من النوائب فقد صارت كالدَّين، وأما القِسمةُ فهي حِصَّةٌ من النوائب التي صارت معلومةً لهم موظَّفةً عليهم كالدُّيون، وباقي النوائب ما ليس بمعلوم.

(**وإن لم تكُن بحَقّ كالجِباياتِ، قالوا: تَصِحُّ في زمانِنا**) لأنها صارت كالدُّيون، حتى قالوا: لو أخذ من المُزارِع جَبْراً، له أن يَرجِع على المالك. والكفالة بالدَّرَك جائزةٌ، وهو التزامُ تسليم الثمن عندَ استحقاق المَبيع، لأن المقصود تأكيدُ أحكامِ البيع وتقريرُها، ولو استحقَّ المَبيعَ لم يؤخذِ الكفيلُ حتى يُقضَى على البائع، لأن البيعَ لا ينتقِضُ إلا بالقضاء، فلعلّ المستحقَّ يُجيزُه، فلا يلزَمُ البائعَ نقدُ الثمن، فلا يجبُ على الكفيل، ولو قُضِي على المشتري بالاستحقاق فهو قضاءٌ على البائع، لأنه خَصْمٌ عنه، فيأخذ الكفيل.

والضمانُ بالعُهدة باطلٌ، لأن العهدة تحتَمِلُ الدَّرَك وغيرَه، فكان مجهولاً، أما الدَّرَكُ فيَستعمل في ضمان الاستحقاق. وعن أبي يوسف: أن العُهدةَ كالدَّرَك، لأنه يترجَّح استعمالُها في ضمان الدَّرَك عُرفاً وعادةً، والله أعلم.



كتاب الحَوَالة

. . . .

كتاب الحوالة

وهي مشتقةٌ من التحوُّل، بمعنى الانتقال، يقال: تحوَّلَ من المنزل إذا انتَقَلَ عنه، ومنه تحويلُ الغِراسِ[1].

وفي الشرع: نقلُ الدَّين وتحويلُه من ذِمَّة المُحِيل إلى ذِمَّةِ المُحال عليه. ولهذا قلنا: إذا صحَّت الحوالةُ، بَرِئَ المُحيلُ لتحوُّلِه إلى ذِمَّة المُحال عليه، لأن من المُحال بقاءُ الشيء الواحد في محلَّين في زمانٍ واحد.

وهو عقدٌ مشروع، قال عليه السلام: «مَنْ أُحيلَ على مليءٍ فليَتْبعْ»[2] أمَرَ باتباعه، ولولا الجواز لما أمَرَ به، حتى إن من العلماء مَن قال بوجوب الاتباع نظراً إلى ظاهر الحديث، ونحن نقول: المُراد منه الإباحةُ، لأن تحوُّل[3] حقِّه إلى ذِمَّةٍ أخرى من غير اختيارِه ضررٌ

---

(١) تصحفت في (م) إلى الفراش.

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤)، وهو في «المسند» (٧٣٣٦)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٥٣)، ولفظه: «مَطْلُ الغنيِّ ظُلْمٌ، فإذا أتبع أحدُكم على مليء فليتبع».

(٣) في (س): تحويل، والمثبت من (م).

وهي جائِزَةٌ بالدُّيُونِ دُونَ الأعيانِ، وتَصِحُّ بِرِضَا المُحِيلِ والمُحْتالِ والمُحالِ عليه. . . . .

به، وإنما خَصَّه ﷺ بالمَليء حُكماً للغالب، لأن الغالبَ في الحَوَالات ذٰلك، لا أنه شَرْطُ الجواز.

ثم عند أبي يوسفَ الحوالةُ توجبُ براءةَ المُحيل من الدَّين، والمطالبةُ براءةٌ مؤقتة إلى أن ينوي ما على المُحال عليه، حتى لو أبرأ المحالُ المُحيل صحَّ. ولو أحال الراهنُ المرتهنَ بدَينه استردَّ الرهنَ.

وعند محمد: توجبُ البراءةَ من المطالبةِ دون الدَّين، فلا يصحُّ الإبراء، ولا يستردُّ الراهنُ الرهنَ. لمحمد: أنَّ نَقْلَ الدَّين غيرُ ممكن، لأنه تمليكُ المال، وذٰلك لا يقبل النقلَ، وموجبُه المطالبةُ، وهي تقبلُ النقلَ، ولهٰذا لو أدَّى المحيلُ الدَّين أُجبرَ المحالُ على قَبوله. ولأبي يوسف: أن الحوالةَ أضيفت إلى الدَّين، ولو أضيفت إلى المطالبة لا تكون حوالةً، فوجب القولُ بتحويل الدَّين لحقيقةِ الإضافة، وإنما صحَّ الأداءُ من المُحيل لأنه ثبت له بالحوالةِ براءةٌ مؤقتةٌ، وبالأداء تثبت له براءةٌ مؤبدةٌ، وأنه زيادةُ فائدةٍ.

قال (**وهي جائِزَةٌ بالدُّيُونِ دُونَ الأعيانِ**) لما مرّ أنها تبتنى على التحوّل، وإنما تتحوّلُ الديونُ دون الأعيان.

(**وتَصِحُّ بِرِضَا المُحِيلِ والمُحْتالِ والمُحالِ عليه**)[1] أما المحيلُ،

---

(١) المحيل: هو الذي عليه الدين، والمحتال أو المحتال له: هو الدائن، والمحال عليه: هو الذي قبل الحوالة.

وإذا تَمَّتِ الحَوَالَةُ بَرِئَ (ز) المُحِيلُ، حتَّى لو ماتَ لا يأخُذُ المُحْتالُ مِن تَرِكَتِه، لٰكنْ يأْخُذُ كَفِيلاً من الوَرَثَةِ أو من الغُرَماءِ مَخافَةَ التَّوَى، ولا يَرْجِعُ عليه المُحْتالُ إلاَّ أن يمُوتَ المُحالُ عليه مُفْلِساً (سم)، أو يَجْحَدَ (ف) ولا بَيِّنَةَ عليه، . . . .

فلأنه الأصل في الحَوَالةِ، ومنه توجد. وذكر في «الزيادات» أن رضا المُحيل ليس بشرطٍ، لأن المحال عليه يتصرّفُ في نفسِه بالتزام الدَّين ولا ضررَ على المُحيل، بل فيه نفعُه، لأنه لا يَرجِعُ عليه إلا برضاه. وأما المحتال والمحالُ عليه، فلتفاوتِ الناس في القضاء والاقتضاء، فلعلَّ المُحال عليه أعسرَ وأفلسَ، والمحتال أشدُّ اقتضاءً ومطالبةً، فيشترطُ رضاهما دفعاً للضَّرر عنهما.

قال: (**وإذا تَمَّتِ الحَوَالَةُ**[1] **بَرِئَ المُحِيلُ**) لما مرّ. وقال زفر: لا يَبرأ لأنها للاستيثاق، فيبقى الدَّينُ على المُحيلِ كالكفالة. وجوابُه ما مرّ أنها من التحويل، ولا بقاء مع التحويل على ما بينا، فيبرأُ المُحيل.

(**حتَّى لو ماتَ لا يأخُذُ المُحْتالُ**[2] **مِن تَرِكَتِه، لٰكنْ يأْخُذُ كَفِيلاً من الوَرَثَةِ أو من الغُرَماءِ مَخافَةَ التَّوَى**[3]**، ولا يَرْجِعُ عليه المُحْتالُ إلاَّ أن يمُوتَ المُحالُ عليه مُفْلِساً، أو يَجْحَدَ ولا بَيِّنَةَ عليه**) لأنه عَجَزَ عن الوصول إلى حقِّه، والمقصود من الحوالةِ سلامةُ حقِّه، فكانت مقيَّدةً

---

(١) لفظة: «الحوالة» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) في (س): المحال، والمثبت من (م).

(٣) التوى: هلاك المال.

فإن طالَبَ المُحْتالُ عليه المُحِيلَ فقالَ: إنَّما أحَلتُ بدَينٍ لي عَلَيكَ لم يُقبَلْ، وإن طالَبَ المُحِيلُ المُحْتالَ بما أحالَه به فقال: إنَّما أحلتكَ لتقبضه لي، وقال المحتال: بل[1] أحَلتَنِي بِدَينٍ لي عَلَيكَ لم يُقبَلْ.

بالسلامة، فإذا فاتت السلامةُ، انفسخت، كالمعيبِ في البيع[2]. وعندهما يرجع بوجهٍ آخرَ أيضاً، وهو أن يحكم الحاكمُ بإفلاسِه في حياتِه بناءً على أن الإفلاس يتحقَّقُ عندهما بقضاءِ القاضي، وعنده لا.

قال: (فإن طالَبَ المُحْتالُ عليه المُحِيلَ فقالَ: إنَّما أحَلتُ بدَينٍ لي عَلَيكَ لم يُقبَلْ) وعليه مثلُ ما أحالَ لتحقُّق السبب، وهو قضاءُ دَينِه بأمرِه، لكنَّ المُحيلَ يدَّعي عليه دَيناً وهو يُنكرُ، والقول قولُ المنكِر، والحوالةُ ليست إقراراً بالدَّين، فإنها تكون بدونِه.

(وإن طالَبَ المُحِيلُ المُحْتالَ بما أحالَه به فقال: إنَّما أحلتكَ لتقبضه لي، وقال المحتال: بل[1] أحَلتَنِي بِدَينٍ لي عَلَيكَ لم يُقبَلْ) لأن المحال[3] يدَّعي عليه الدَّين وهو ينكِرهُ، وفي الحوالة معنى الوكالةِ، فيكون القولُ قولَه.

❑ ❑ ❑

---

(١) من قوله: «أحلتك» إلى هنا زيادة من هامش (س)، وأشير عليها بعلامة صح، وهي ليست في (م).

(٢) في (م): كالعيب في المبيع، والمثبت من (س).

(٣) في (م): المحتال، والمثبت من (س).

كتاب الصُّلْح

كتاب الصُّلْح

وهو ضدُّ الفساد، يقال: صَلَح الشيءُ إذا زال عنه الفسادُ، وصَلَح المريضُ: إذا زال عنه المرضُ، وهو فساد المِزاج، وصَلَح فلان في سِيرتِه إذا أقلَعَ عن الفساد.

وفي الشرع: عقدٌ يرتفع به التشاجُرُ والتنازُعُ بين الخُصوم، وهما مَنْشأ الفساد ومَثَار الفِتَن.

وهو عقدٌ مشروعٌ مندوبٌ إليه، قال تعالى: ﴿فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩]، وقال: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، وقال عليه السلام: «كلُّ صُلْحٍ جائزٌ بين المسلمينَ، إلا صُلحاً حرَّمَ حلالاً أو حلَّل حَراماً»[١]، وقال عمر رضي الله عنه: رُدُّوا الخُصوم كي يصطَلِحوا[٢].

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود (٣٥٩٤)، وهو في «المسند» (٨٧٨٤)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٩١). وهو حديث حسن. ورواية أحمد مختصرة.

وأخرجه من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده، ابن ماجه (٢٣٥٣)، والترمذي (١٣٥٢)، والطبراني في «الكبير» ١٧/(٣٠)، والدارقطني (٢٨٩٢)، والحاكم ٤/١٠١، والبيهقي ٦/٧٩. وإسناده ضعيف لضعف كثير بن عبد الله.

(٢) سلف تخريجه ص٢١٣.

ويجُوزُ مع الإقرَارِ والسُّكُوتِ (ف) والإنْكارِ (ف)، فإن كانَ عن إقرارٍ وهو بِمالٍ عن مالٍ فهو كالبَيعِ، وإن كانَ بِمَنافعَ عن مالٍ فهو كالإجارَة، فإنِ استُحِقَّ فيه بَعضُ المُصَالَحِ عنه رَدَّ حِصَّتَه من العِوَضِ، وإنِ استُحِقَّ الجَمِيعُ رَدَّ الجَميعَ، . . . .

قال: (**ويجُوزُ مع الإقرَارِ والسُّكُوتِ والإنْكارِ**) لإطلاق ما روينا من النصوص. قال أبو حنيفة: أُجوِّزُ ما يكون الصلحُ عن إنكار، لأن الحاجةَ إلى جوازه أمسُّ، لأن الصلحَ لقَطْع المنازعات وإطفاءِ الثائرات، وهو في الصلح عن الإنكار أبلَغُ، وللحاجة أثرٌ في تجويز المعاقَدَات، ففي إبطالِه فتحُ باب المنازعات.

قال: (**فإن كانَ عن إقرارٍ وهو بِمالٍ عن مالٍ فهو كالبَيعِ**) لوجود معنى البيع، وهو مبادلةُ مالٍ بمالٍ بتراضي المتعاقِدَين، والعبرةُ للمعاني، فيثبُتُ فيه خيارُ الرؤية والعَيب والشرطِ والشُّفعةِ، ويُشترط القدرةُ على تسليم البَدَل، ويُفسِدُه جهالةُ البَدَل لإفضائها إلى المنازعة، ولا تُفسده جهالةُ المُصالَحِ عنه لأنه إسقاطٌ.

قال: (**وإن كانَ بِمَنافعَ عن مالٍ فهو كالإجارَة**) لوجود معنى الإجارة، وهو تمليكُ المنافع بمالٍ، حتى تبطلُ بموت أحدِهما في المدة كما في صورة الإجارة.

(**فإنِ استُحِقَّ فيه بَعضُ المُصَالَحِ عنه رَدَّ حِصَّتَه من العِوَضِ، وإنِ استُحِقَّ الجَمِيعُ رَدَّ الجَميعَ**) لأنه مبادلةٌ كالبيع، وحكمُ البيع كذٰلك.

وإنِ استُحِقَّ كُلُّ المُصَالَحِ عليه رَجَعَ بِكلّ المُصَالَحِ عنه، وفي البَعضِ بِحِصَّتِه. والصُّلحُ عن سُكُوتٍ أو إنكارٍ مُعاوَضَةٌ في حَقّ المُدَّعِي، وفي حَقّ المُدَّعَى عليه لافْتِداءِ اليَمِينِ، وإنِ استُحِقَّ فيه المُصَالَحُ عليه رَجَعَ إلى الدَّعوَى في كُلِّه وفِي البَعْضِ بِقَدْرِهِ، وَإنِ اسْتُحِقَّ المُصَالَحُ عنه رَدَّ العِوَضَ، وإنِ استُحِقَّ بَعضُه رَدَّ حِصَّتَه ورَجَعَ بالخُصُومَةِ فيه، . . . .

(وإنِ استُحِقَّ كُلُّ المُصَالَحِ عليه رَجَعَ بِكلّ المُصَالَحِ عنه، وفي البَعضِ بِحِصَّتِه) لأنه مبادلةٌ[1] لما مرّ.

قال: (والصُّلحُ عن سُكُوتٍ أو إنكارٍ مُعاوَضَةٌ في حَقّ المُدَّعِي) لأن مِن زَعْمِه أنه يأخذه عِوضاً عن مالِه، وأنه مُحِقٌّ في دعواه.

(وفي حَقّ المُدَّعَى عليه لافْتِداءِ اليَمِينِ) لأن من زَعمِه أن لا حقَّ عليه، وأن المدعي مُبطِلٌ في دعواه، وإنما دَفَعَ المالَ لئلا يحلِفَ، ولتنقطعَ الخُصومةُ.

(وإنِ استُحِقَّ فيه المُصَالَحُ عليه رَجَعَ إلى الدَّعوَى في كُلِّه، وفِي البَعْضِ بِقَدْرِهِ) لأنه ما تَرَكَ الدعوى إلا ليُسلِّم له المُصالَحَ عليه، فإذا لم يسلِّم له رَجَعَ إلى دعواه لأنه البَدَل.

(وَإنِ اسْتُحِقَّ المُصَالَحُ عنه رَدَّ العِوَضَ) ورجع بالخُصومة.

(وإنِ استُحِقَّ بَعضُه رَدَّ حِصَّتَه ورَجَعَ بالخُصُومَةِ فيه) لأن المدعَى عليه إنما بذل العِوضَ ليدفع الخُصومة عنه، فإذا استُحِقت الدارُ ظهر

(١) قوله: «لأنه مبادلة»، ليس في (س)، وأثبتناه من (م).

وهَلاكُ البَدَلِ كاستِحقاقِه في الفَصلَينِ، ويَجُوزُ الصُّلحُ عن مَجهولٍ (ف)، ولا يَجُوزُ إلاَّ على مَعلُومٍ، ....

أن لا خُصومةَ، فبَطَلَ غرضُه، فيرجعُ بالعِوَض، وفي البعض خلا المُعوَّضِ عن بعض العِوض فيرجعُ بقَدْره.

(**وهَلاكُ البَدَلِ**) قبل التسليم (**كاستِحقاقِه في الفَصلَينِ**).

قال: (**ويَجُوزُ الصُّلحُ عن مَجهولٍ**) لأنه إسقاطٌ، (**ولا يَجُوزُ إلاَّ على مَعلُومٍ**) لأنه تمليكٌ، فيؤدّي إلى المُنازعة.

والصلح على أربعة أوجهٍ: معلومٍ على معلوم، ومجهولٍ على معلوم، وهما جائزان، وقد مرَّ الوجه فيهما، ومجهولٍ على مجهولٍ، ومعلومٍ على مجهول، وهما فاسدان.

فالحاصل أن كلَّ ما يحتاجُ إلى قبضه لا بدَّ أن يكون معلوماً، لأن جهالتَه تُفضي إلى المنازَعة، وما لا يحتاج إلى قبضه يكون إسقاطاً، ولا يحتاج إلى عِلْمِه به، لأنه لا يُفضي إلى المنازَعة. ولو ادَّعى حقاً في دارٍ لرجل ولم يُسمِّه، وادّعى المدّعَى عليه حقاً في أرضٍ، فاصطَلَحا على أن يدفع أحدُهما مالاً إلى الآخر لا يجوز، وإن اصطَلَحا على أن يترك كلُّ واحدٍ منهما دعواه جاز، لأنه لا يحتاج إلى التسليم، وفي الأول يحتاج إليه. ولو ادَّعى داراً فصالحه على قَدْرٍ معلوم منها جاز، ويصيرُ كأنه أخذ بعضَ حقِّه وأبرَأه عن دعوى الباقي، والبراءةُ عن العين وإن لم تصحَّ، لكنَّ البراءةَ عن الدعوى تصحُّ، فصححناه على هذا الوجه قطعاً للمُنازعة.

قال: (ويجُوزُ) الصلحُ (عن جِنايَةِ العَمْدِ والخَطأ) في النفس وما دونها، لإطلاق النُّصوص، ولقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨]، نزلت عَقِيب ذِكر القِصاص، ومعناه: فمَن عُفي له من دمِ أخيه شيءٌ، أي: تَرَكَ القِصاص ورضي بالمال، يدلُّ عليه قوله: ﴿فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، أي: يتبع الطالبُ المطلوبَ بما صالَحه عليه، أو بالدِّيَة، ولا يطلُبُ أكثر من حقِّه، ويؤدّي المطلوبُ إلى الطالبِ ما وَجَب عليه من المال من غير مماطَلَةٍ، مرويٌّ ذٰلك عن ابن عباس وغيرِه، وهٰذا في العَمْد[1].

وأما الخطأ فلأن الواجبَ هو المالُ، فأشبَه سائرَ الديون، إلا أنه لو صالَحَ في العمد على أكثرِ من الدِّية جاز، لأن الواجبَ القِصاصُ وليس بمال، وفي الخطأ لو صالَحَ على أكثر من الدِّيةِ لا يجوزُ، لأن الواجبَ

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٤٤٩٨) عن الحميدي، عن سفيان، عن عمرو قال: سمعت مجاهداً قال: سمعت ابن عباس يقول: كان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية، فقال الله تعالى لهٰذه الأمة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ﴾ فالعفو أن يقبل الدية في العمد. ﴿فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ يتبع بالمعروف ويؤدي ﴿ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ مما كُتب على من كان قبلكم ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ قتَلَ بعد قبول الدية. وهو بنحوه عند ابن حبان في «صحيحه» (٦٠١٠). وانظر «تفسير الطبري» ٢/ ١٠٧، وقسم التفسير في «سنن سعيد بن منصور» ٢/ ٦٥٢، والواحدي في «تفسيره» ١/ ٢٦٦، والحاكم ٢/ ٢٧٣، والبيهقي في «السنن» ٨/ ٥١ و٥٢.

. . . .

المالُ، فالزيادةُ رِبا، وهٰذا إذا صالحه على نوعٍ من أنواع الدِّية. أما إذا صالحه على نوعٍ آخرَ كالحِنطة والشعير ونحوهما، فإنه يجوزُ بالغةً ما بلَغَتْ، لأنها من خلاف الواجب، فلا ربا، وكلُّ ما يصلُح مهراً في النكاح يصلُح بَدَلاً في الصلح عن دمِ العَمْد، وما لا فلا، لأن كلَّ واحد منهما مبادلةُ المال بغير مالٍ، فإن صالحه على خمرٍ أو خنزيرٍ سقط القِصاصُ ولا يجبُ شيءٌ، لأن المال ليس من ضَرورات الصُّلح، فلغا ذِكْرُ العِوَض، فيبقى عفواً.

وفي الخطأ تجبُ الديةُ، لأنه الموجِبُ الأصلي، فمتى فَسَد العوضُ رَجَع إليه، كما في النكاح متى فَسَد المسمَّى يرجعُ إلى مهر المِثل لأنه موجِبٌ أصليٌّ لا ينفكُّ عنه النكاح إلا بتسميةِ غيره، فإذا عُدِمَت التسميةُ أو فسدت رَجَع إليه، ولا كذٰلك العَمْدُ. ولو صالحه بعَفْوٍ عن دمٍ على عفوٍ عن دمٍ آخرَ جاز كالخُلع، ولو قَطَعَتْ يدَه فصالحَتْه على أن يتزوّجها وقد بَرَأَت يدُه جاز، لأنه صالحها على أَرْشٍ وجَبَ له عليها وسَقَطَ الأَرْشُ، وإن مات منها لها مهرُ مثلِها وعليها الديةُ في ثلاثِ سنين، لأنه ظَهَر أن حقَّه في القتل، فلم تصحَّ التسمية، ولو استُحِقَّ العقدُ المصالَحُ عليه رجع بقيمتِه في العَمْد، وبالديةِ في الخطأ، وقد عُرِفَ وجهه، ولو وَجَدَ عيباً يسيراً ردَّه في الخطأ، ولا يَرُدُّ في العَمْد إلا بالفاحش، فيردُّه ويأخذُ قيمتَه، لأن الصلحَ في الخطأ يَحتمِلُ الفسخَ لوقوعِه عن مال، وفي[1] العمد لا يحتَمِلُ الفسخَ لأنه

(١) لفظة: «في» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

ولا يجُوزُ عن الحُدُودِ، ولو ادَّعَى على امرَأةٍ نِكاحاً فجَحَدَتْ ثُمَّ صالَحَتْه على مالٍ لِيَترُكَ الدَّعوَى جازَ، ولو صالَحَها على مالٍ لِتُقِرَّ له بالنِّكاح جازَ،

عن القِصاص وقد سقط، فلا سبيل إلى استردادِه، فيرجع بقيمةِ العِوَض كالنكاح والخُلْع.

قال: (**ولا يجُوزُ عن الحُدُودِ**) لأنها حقُّ الله تعالى، والمُغلَّب في حدِّ القذف حقُّ الشرع عندنا، ولا يجوزُ الاعتياضُ عن حقِّ الغير، ولهٰذا لا يجوزُ الصلحُ عما أشرعه إلى الطريق العام كالظُّلَّة والرَّوْشَنِ[1] ونحوهما لأنه حقُّ العامّة، ولا يملك الاعتياضَ عن نصيبِه لأنه غيرُ منتفعٍ به.

ولو صالحه الإمامُ في الظُّلَّة ونحوها جاز إذا رأى ذٰلك مصلحةً للمسلمين، ويضعُ بدلَه في بيت المال، كما إذا باع شيئاً من بيت المال.

قال: (**ولو ادَّعَى على امرَأةٍ نِكاحاً فجَحَدَتْ ثُمَّ صالَحَتْه على مالٍ لِيَترُكَ الدَّعوَى جازَ**) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخُلْع، ويكون في حقها لدفع الخُصومة، ويحرم عليه ديانةً إذا كان مُبْطِلاً.

(**ولو صالَحَها على مالٍ لِتُقِرَّ له بالنِّكاح جازَ**) ويُجعل زيادةً في المهر، لأنها تَزعُمُ أنها زوَّجت نفسَها منه ابتداءً بالمسمَّى، وهو يزعُمُ أنه زاد في مهرِها.

---

(١) الرَّوشن: هو البناء الناتئ عن أصل الدار باتجاه الطريق، ويقال له في أيامنا: «البلكون» وهي لفظة فرنسية، وهي مما حمله أهل الشام عن الفرنسيين أيام الاستعمار.

ولو ادَّعَتِ المَرأةُ النِّكاحَ فصَالَحَها جازَ، وإن ادَّعَى على شخصٍ أنَّه عَبْدُه فصَالَحَه على مالٍ جازَ، ولا وَلاءَ عليه. عبْدٌ بينَ رجُلَين أعتقَه أحدُهُما وهو مُوسِرٌ فصَالَحَه الآخَر على أكثرَ من نِصْفِ قِيمَتِه لم يَجُزْ، . . . .

(**ولو ادَّعَتِ المَرأةُ النِّكاحَ فصَالَحَها**) على مالٍ (**جازَ**) وقيل: لا يجوز، وجه الجواز جَعْلُه زيادةً في المهر، ووجه عدم الجواز ـ وهو الأصحّ ـ أنه إنما أعطاها المالَ لتترك الدعوى، فإن تركَتْها وكان فُرْقةٌ، فهو لا يعطي في الفُرْقة البَدَلَ، وإن لم تترك الدّعوى فما حَصَل له عِوَضُه[1] فلا يصحّ.

قال: (**وإن ادَّعَى على شخصٍ أنَّه عَبْدُه، فصَالَحَه على مالٍ جازَ، ولا وَلاءَ عليه**) لأنه أمكن تصحيحه بجعلِه في حقِّ المدّعِي كالعِتق على مالٍ، وفي حقّ المدَّعَى عليه لدفع الخُصومة، لأنه يزعُمُ أنه حرُّ الأصل، فلهٰذا لم يكن عليه ولاءٌ لإنكاره، فإن أقام المدّعِي بينةً بعد ذٰلك أنه عبدُه لم تُقبل، لأن مِن زَعْمِه أنه أعتقَه على مالٍ، وأن العبد اشترى نفسَه بهٰذا المال، لٰكن يثبت الولاءُ عملاً بالبينة.

قال: (**عبدٌ بينَ رجُلَين أعتقَه أحدُهُما وهو مُوسِرٌ، فصَالَحَه الآخَر على أكثرَ من نِصْفِ قِيمَتِه لم يَجُز**) الفضلُ، لأن القيمة منصوص عليه، قال عليه السلام «قُوِّمَ عليهِ باقيهِ»[2]، فلا تجوزُ الزيادةُ عليه، ولو صالحه على عَرَضٍ جاز لعدم الجنسية فلا ربا.

---

(١) في (م): «غرضه»، والمثبت من (س).

(٢) أخرج البخاري (٢٥٢٣)، ومسلم (١٥٠١) من طريق نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شركاً له في مملوك، فعليه عتقُه كلّه، إن كان=

ويَجُوزُ صُلْحُ المُدَّعِي المُنكِر على مالٍ لِيُقِرَّ له بالعَينِ. والفُضُولِيُّ إن صَالَحَ على مالٍ وضَمِنَه أو سَلَّمَه أو قالَ: على ألْفي هٰذِهِ، صَحّ. وإن قال: على ألْفٍ لِفُلانٍ يتوَقَّفُ على إجازَةِ المُصالَحِ عنه. . . . .

قال: (**ويَجُوزُ صُلْحُ المُدَّعِي المُنكِر على مالٍ لِيُقِرَّ له بالعَينِ**) وصورته: رجلٌ ادّعى على رجلٍ عيناً في يدِه فأنكر، فصالحه على مالٍ ليعترف له بالعَين فإنه يجوزُ، ويكون في حقِّ المنكِر كالبيع، وفي حقِّ المدّعي كالزيادة في الثمن.

قال: (**والفُضُولِيُّ إن صَالَحَ على مالٍ وضَمِنَه أو سَلَّمَه أو قالَ: على ألفي هٰذِهِ، صَحّ**) ولزمَه تسليمُ المال، ولا يرجِعُ على المدّعَى عليه بشيءٍ لأنه تبرُّعٌ، وإنما صحَّ الصلح لأنه أضافَه إلى نفسِه أو إلى مالِه. والحاصلُ للمدّعَى عليه البراءةُ، ولا ضرَرَ عليه في ذٰلك فيصحُّ، وصار كالكفالة بغيرِ أمرِ المديون.

(**وإن قال: على ألْفٍ لِفُلانٍ، يتوَقَّفُ على إجازَةِ المُصَالَحِ عنه**) إن أجازَه جاز ولزمَه الألف، وإن لم يُجِزْه بَطَلَ كالخُلْع والنكاح وغيرهما من تصرُّفات الفُضُولي، ولو قال: صالحتُك على ألفٍ، وسَكَتَ، قيل: ينفُذُ ويجبُ عليه، لأنه أضافَ العقدَ إلى نفسِه، كقوله: اشتريتُ؛ وقيل: يتوقف على إجازة المدّعَى عليه، لأن الإضافةَ لم تتحقق إليه،

= له مالٌ يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له مال يُقوَّمُ عليه قيمة عدل على المعتق، فأعتق منه ما أعتق». وهو بنحوه في «المسند» (٤٤٥١). وانظر تتمة تخريجه فيه.

وأخرجه من حديث أبي هريرة بنحو حديث ابن عمر هٰذا البخاري أيضاً (٢٤٩٢)، ومسلم (١٥٠٣) (٤)، وهو في «المسند» (٨٥٦٥).

والصلْحُ عمَّا استُحقَّ بعَقْدِ المُدايَنةِ أخْذٌ لِبَعضِ حَقِّه وإسقاطٌ لِلباقي وليس مُعاوَضَةً، فإن صَالَحه على ألْفِ دِرْهَم بخمسِ مئةٍ، أو عن ألْفِ جِيادٍ بِخمسِ مئةٍ زُيُوفٍ، أو عن حالَّةٍ بمِثلِها مُؤَجَّلَةً جازَ، ولو صالَحه على دَنانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ لم يَجُزْ، ....

لأن الفعل كما يَقَعُ لنفسِه يقعُ لغيره، وإنما يُعتبر واقعاً له إذا كان له فيه منفعةٌ، ولا منفعةَ له هنا، وإنما المنفعةُ للمدّعَى عليه، فاعتُبِر واقعاً له، بخلاف قولِه: صالَحني، لأن الياء كنايةٌ عن المفعول، فقد جعل نفسَه مفعول الصُّلح، فيقعُ له.

قال: (**والصلْحُ عمَّا استُحقَّ بعَقْدِ المُدايَنةِ أخْذٌ لِبَعضِ حَقِّه وإسقاطٌ لِلباقي**[1]، **وليس مُعاوَضَةً**) لأنا لو اعتبرناه معاوضةً يكون رباً، وتصحيح تصرُّفِه واجبٌ ما أمكن، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق، فيُصار إليه.

(**فإن صَالَحه على ألْفِ دِرْهَم بخمسِ مئةٍ، أو عن ألْفِ جِيادٍ بِخمسِ مئةٍ زُيُوفٍ، أو عن حالَّةٍ بمِثلِها مُؤَجَّلَةً جازَ**) ففي الأولى أسقَطَ بعضَ حقِّه، وفي الثانية بعضَه والصِّفَةَ، وفي الثالثة تعذَّر جعلُه معاوضةَ النقدِ بالنسيئةِ لحُرمتِه، فحملناه على تأجيل نفس الحقِّ، وكلُّ ذلك حقُّه فله إسقاطه.

(**ولو صالَحه على دَنانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ لم يَجُزْ**) لأنه بيعُ الدراهم بالدنانير نسيئةً، وإنه لا يجوزُ، لأنها ليست من جنس الحقِّ المستَحَقِّ ليكون

---

(١) في (س): الباقي، والمثبت من (م).

ولو صَالَحَه عن أَلْفٍ سُودٍ بخَمسٍ مئةٍ بِيضٍ لا يَجُوزُ، ولو قال: أدّ إليَّ غداً خَمْسَ مئةٍ على أنَّكَ بَرِيءٌ من خَمْسِ مئةٍ، فلم يُؤَدّها إليه فالألْفُ بِحالِها (س).

إسقاطاً لبعضِه وتأجيلاً لبعضِه، فتعيَّن ما ذكرناه. ولو صالحه على ألفٍ مؤجَّلة بخمس مئةٍ حالّةٍ لم يَجُزْ لأنه اعتياضٌ عن الأجل، ولا يجوزُ لأن المعجَّلةَ خيرٌ من المؤجَّلة، فيكون التعجيلُ بإزاء ما حطَّ عنه فلا يصحُّ.

قال: (**ولو صَالَحَه عن أَلْفٍ سُودٍ بخَمسٍ مئةٍ بِيضٍ لا يَجُوزُ**) لأن البيضَ غيرُ مستحقَّةٍ فيكون معاوضةً، وأنه لا يجوز.

(**ولو قال: أدّ إليَّ غداً خَمْسَ مئةٍ على أنَّكَ بَرِيءٌ من خَمْسِ مئةٍ، فلم يُؤَدّها إليه فالألْفُ بِحالِها**) وقال أبو يوسف: سَقَطَ خمسُ مئةٍ، وأجمعوا أنه لو أدَّى خمسَ مئةٍ غداً بَرِئَ، لأبي يوسف: أنه إبراءٌ مطلقٌ لأنه جعل الأداءَ عِوَضاً عن الإبراء نظراً إلى كلمة عَلَيَّ، والأداءُ لا يصلح أن يكون عِوَضاً لوُجوبِه عليه، فصار ذِكرُه كعَدَمِه. ولهما: أنه إبراءٌ مقيَّدٌ بشرط الأداء، وأنه غَرَضٌ صالحٌ حذراً من إفلاسِه، أو ليتوسلَ بها إلى ما هو الأنفعُ من تجارةٍ رابحةٍ أو قضاءِ دَين أو دفعِ حَبْسٍ، فإذا فات الشرطُ بطَلَ الإبراء، وكلمةُ «عليَّ» تحتملُ الشرط، فيُحمَل عليه عند تعذر المعاوضةِ تصحيحاً لكلامه، وعملاً بالعُرف.

ولو قال: أبرأتُك من خمس مئةٍ من الألْف على أن تُعطيني الخمسَ مئةٍ غداً، صحَّ الإبراءُ أعطى الخمسَ مئةٍ أو لم يُعْطِ، لأنه أطلَقَ الإبراءَ، ووقع الشكُّ في تعليقِه بالشرط فلا يتقيَّدُ، بخلاف المسألة

ولو صَالَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ عن نَصِيبِه بِثَوبٍ، فشَرِيكُه إن شاءَ أَخَذَ منه نِصْفَ الثَّوبِ إلاَّ أن يُعطِيَه رُبُعَ الدَّينِ، وإن شاءَ اتَّبَعَ المَديُونَ بِنِصفِه، . . . .

الأولى، لأنه من حيثُ إنه لا يصلُحُ عِوَضاً يقعُ مطلقاً، ومن حيث إنه يصلُحُ شرطاً لا يقعُ مطلقاً، فلا يثبتُ الإطلاقُ بالشَّكِّ.

ولو قال: أَدِّ إليَّ خمسَ مئةٍ على أنك بريءٌ من الفضل، ولم يوقِّت، فهو إبراءٌ مطلق، لأن الأداء واجبٌ عليه في جميع الأوقات، فلم يصلُحْ عِوَضاً، فلم يتقيد.

ولو قال: صالحتُكَ من الألْف على خمسِ مئةٍ تدفعُها إليَّ غداً وأنت بريءٌ من الباقي، على أنك إن لم تدفَعْها غداً فالألْفُ عليك، فهو كما قال، لأنه صرَّح بالتقييد. ولو ادَّعى عبداً فصالَحَه على غَلَّته شهراً لم يَجُزْ، وعلى خدمتِه شهراً يجوز، لأنها معلومةٌ، والغَلَّةُ مجهولة غيرُ مقدورةِ التسليم، لأنها لا تجبُ إلا بعد الإجارةِ والعمل.

قال: (**ولو صَالَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ عن نَصِيبِه بِثَوبٍ، فشَرِيكُه إن شاءَ أَخَذَ منه نِصْفَ الثَّوبِ**) لأنّ له حقَّ المشاركة، لأنه عوضٌ عن دَينِه، فإذا اختار ذٰلك فقد أجاز فِعْلَ الشريك.

(**إلاَّ أن يُعطِيَه رُبُعَ الدَّينِ**) لأن حقَّه في الدَّين لا في الثوب.

(**وإن شاءَ اتَّبَعَ المَديُونَ بِنِصفِه**) لبقاء حِصَّتِه في ذِمَّتِه، لأنه لم يأذن له بالدفعِ إلى غيره، والدَّين المشتَرَكُ كالموروث، وقيمة عينٍ مستهلكةٍ بينهما، وثمنُ مبيعٍ ونحوه.

ولا يَجُوزُ صُلحُ أحَدِهِما في السَّلَمِ على أخذِ نَصِيبِه مِن رأسِ المال. وإن صَالَحَ الوَرَثَةُ بَعضَهُم بِمالٍ أعطَوهُ، والتَّرِكَةُ عُرُوضٌ جازَ قليلاً أعطَوهُ أو كَثيراً، ....

قال: (**ولا يَجُوزُ صُلحُ أحَدِهِما في السَّلَمِ على أخذِ نَصِيبِه مِن رأسِ المال**) عند أبي حنيفةَ ومحمد، ويتوقفُ على إجازة شريكِه، فإن ردَّ بَطَلَ أصلاً وبقي المسَلَّمُ فيه بينهما على حالِه، وإن أجاز نَفَذَ عليها، فيكون نصفُ رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما، لأنه قسمةُ الدَّين قبل قبضِه، فلا يجوز، كما إذا كان لهما على رجلٍ دراهمُ، وعلى آخرَ دنانيرُ، فتصالحا على أن لهٰذا الدراهمَ ولهٰذا الدنانيرَ، فإنه لا يصحُّ. وبيانُ كونِه قسمةً أنه يمتاز أحدُ النصيبين عن الآخر، ولأنه فسَخَ على شريكِه عَقْدَه، فلا يجوز، لأن العقدَ صدَرَ منهما، ولهٰذا يرجعُ عليه بنصف رأسِ المال إذا توى[1] الباقي على المطلوب . وقال أبو يوسف: جاز الصلحُ وله نصفُ رأس المال، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قَبَضَ وإن شاء اتَّبع المطلوبَ بنصفِه، إلا إذا توى[1] عليه فيرجعُ على شريكِه، له الاعتبار بسائر الدُّيون، وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدُهما في نصيبه.

قال: (**وإن صَالَحَ الوَرَثَةُ بَعضَهُم بِمالٍ أعطَوهُ، والتَّرِكَةُ عُرُوضٌ جازَ قليلاً أعطَوهُ أو كَثيراً**) لما بينا أنه في معنى البيع، وعثمانُ رضي الله عنه صالَحَ تُمَاضِرَ امرأةَ عبد الرحمٰن بنِ عوف عن رُبـع الثمن، وكان

---

(١) أي: هلك.

. . . .

له أربعُ نسوةٍ على ثمانين ألفَ دينارٍ بمَحضرٍ من الصحابة من غير نكيرٍ[1].

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١٩٥٩) عن أبي عوانة، عن عمر ابن أبي سلمة، عن أبيه قال: قال عبد الرحمٰن بن عوف: لا تسألني امرأة الطلاق إلا طلقتها، فغارت تماضر بنت الأصبغ... وفيه: فلم يلبث إلا يسيراً حتى مات فقال عبد الرحمٰن: لا أورث تماضر شيئاً، فارتفعوا إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، وكان ذلك في العدة، فورثها منه، فصالحوها من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفاً فما أوفوها.

وأخرجه البيهقي ٦/ ٦٥ من طريق سعيد بن منصور بإسناده ولفظه: صولحت امرأة عبد الرحمٰن من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفاً.

وأخرجه ابن سعد في «الطبقات» ٣/ ١٣٦ عن محمد بن عمر الواقدي، عن أسامة بن زيد الليثي، عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمٰن بن عوف قال: أصاب تماضر بنت الأصبغ ربع الثمن، فأُخرجت بمئة ألف وهي إحدى الأربع.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٢٥٦) عن ابن عيينة، عن عمرو بن دينار: أن امرأة عبد الرحمٰن بن عوف أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم.

وأخرج ابن سعد ٣/ ١٣٦ عن عارم بن الفضل، عن حماد بن زيد، عن أيوب، عن محمد: أن عبد الرحمٰن بن عوف توفي وكان فيما ترك ذهب قُطِعَ بالفؤوس حتى مَجِلَت أيدي الرجال منه، وترك أربع نسوة فأُخرجت امرأة من ثمنها بثمانين ألفاً.

وانظر «فتح الباري» ٦/ ٢٣٢-٢٣٥.

وكذٰلكَ إن كانَتْ أَحَدَ النَّقدَينِ فأعطَوهُ خِلافَه وكذٰلِكَ لو كانَت نقدَينِ فأعطَوهُ منهما، ولو كانَت نَقدَينِ وعُرُوضاً فصَالَحوُه عَلى أَحِد النَّقدَينِ، فلا بُدَّ أن يكُونَ أكثرَ من نَصِيبِه من ذٰلكَ الجِنْسِ، ولو كانَ بَدَلُ الصُّلحِ عَرْضاً جازَ مُطْلَقاً، وإن كانَ في التَّرِكةِ دُيُونٌ فأخرَجُوه منها على أن تكُونَ لهم لا يجُوزُ،

قال: (**وكذٰلِكَ إن كانَتْ أَحَدَ النَّقدَينِ فأعطَوهُ خِلافَه**) لأن بيع الجنس بخلافِه جائزٌ.

(**وكذٰلِكَ لو كانَت نقدَينِ فأعطَوهُ منهما**) ويُصرفُ كلُّ واحد منهما إلى خلافِ جنسه، وقد مرّ في البيوع. ثم إن كان في يدِه شيءٌ من التَّرِكة إن كان مُقِرّاً به يكون أمانةً، فلا بدَّ من تجديد القَبض فيه لأنه أضعفُ من قبض الصلح، فلا ينوبُ عنه، وإن كان جاحداً له صار مضموناً عليه فينوبُ عن قبض الصلح.

(**ولو كانَت نَقدَينِ وعُرُوضاً فصَالَحوُه عَلى أَحِد النَّقدَينِ، فلا بُدَّ أن يكُونَ أكثرَ من نَصِيبِه من ذٰلكَ الجِنْسِ**) ليكون نصيبُه بمثلِه، والزيادةُ بحقِّه من بقية التَّرِكة تحرُّزاً عن الربا.

(**ولو كانَ بَدَلُ الصُّلحِ عَرْضاً جازَ مُطْلَقاً**) لعدم تحقق الربا، وكلُّ موضع يقابَلُ فيه أحدُ النقدين بالآخر يُشتَرَط[1] القبضُ في المجلس لأنه صَرْفٌ.

قال: (**وإن كانَ في التَّرِكةِ دُيُونٌ فأخرَجُوه منها على أن تكُونَ لهم لا يجُوزُ**) لأنه تمليكُ الدَّين من غير مَن عليه الدَّين.

---

(١) في (س): يشرط، والمثبت من (م).

وإن شَرَطُوا إبْراءَ الغُرَماءِ جازَ. ....

(وإن شَرَطُوا إبْراءَ الغُرَماءِ جازَ) لأنه إسقاطُ أو تمليكُ الدَّين ممن هو عليه، وإنه جائزٌ، وإن كان على الميت دَينٌ لا يصالِحوا ولا يَقسِموا حتى يقضوا دُيونَه لتقدُّم حاجتِه، ولقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]، وإن قَسَموها، فإن كان الدَّين مستغرِقاً للتَّرِكة بَطَلَتْ، لأنه لا ملكَ لهم فيها، وإن كان غيرَ مستغرِقٍ جاز استحساناً لا قياساً.

❑ ❑ ❑

كتاب الشَّرِكة

....

كتاب الشَّرِكة

الشِّرْك: النصيب، قال عليه السلام: «مَنْ أعتَقَ شِرْكاً فِي عبدٍ»[1] أي: نصيباً. قال النابغة الجَعْدي:

وشارَكْنا قريشاً في تُقاها ... وفي أحسابِها شِرْكَ العِنانِ[2]

أي: أخذنا نصيباً من التُّقى والحَسَب مثلَ نصيب قريش منهما، كشَرِكَة العِنان لكلٍّ واحدٍ نصيبٌ من المال والمكسب، وسُمِّي الشريكان لأن لكلٍّ واحدٍ منهما شِرْكاً في المال، أي: نصيباً.

وهي **في الشرع**: الخِلْطة وثبوت الحِصَّة، وهي مشروعةٌ بالنصوص، قال عليه السلام: «يَدُ اللهِ على الشريكينِ ما لم يَخُنْ أحدُهما صاحبَهُ، فإذا خانَ أحدُهُما صاحبه رَفَعها عنهما»[3]، وقال

---

(١) سلف تخريجه ص٤٢٨.

(٢) وهو في «ديوانه» (١٦٤) بتحقيق صديقنا وصاحبنا المفضال الأستاذ عبد العزيز رباح رحمه الله.

(٣) أخرجه بهٰذا اللفظ الدارقطني (٢٩٣٤) من طريق جرير، عن أبي حيان التيمي، عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ، فذكره. وإسناده ضعيف لجهالة والد أبي حيان، ثم هو مرسل. وانظر ما بعده.

. . . .

عليه السلام: «الشريكان اللهُ ثالثُهما ما لم يخونا، فإذا خانا مُحِيَتِ الشركة بينهما»[1]. وكان قيسُ بن السائب شريكَ رسولِ الله ﷺ في تجارةِ البَزِّ والأدَمِ، وذكر الكرخي أسامة بن شريك[2]، وقال عليه السلام في صفته: «كانَ شريكي وكانَ خيرَ شريكٍ لا يُشاري ولا يُماري ولا يُداري»[3] أي: لا يُلِحُّ ولا يُجادِل ولا يُدافِع عن الحقّ. وبُعِثَ ﷺ

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٣) من طريق محمد بن الزبرقان، عن أبي حيان التيمي، عن أبيه، عن أبي هريرة مرفوعاً. فذكره. وإسناده ضعيف لجهالة والد أبي حيان.

(٢) هذا وهم نبه عليه اليعني في «البناية» ٧/ ٣٧٢.

(٣) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (١٥٤٥)، وأبو نعيم في «الحلية» ٩/ ٤٨ من طريق عبد الرحمٰن بن مهدي، عن محمد بن مسلم الطائفي، عن إبراهيم بن ميسرة، عن مجاهد، عن قيس بن السائب، قال: إن رسول الله ﷺ كان شريكي في الجاهلية، فكان خير شريك، لا يداري ولا يماري. فهو من قول قيس.

وأخرجه أحمد في «مسنده» (١٥٥٠٥) من حديث السائب بن أبي السائب أنه كان يشارك رسول الله ﷺ قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه، فقال النبي ﷺ: «مرحباً بأخي وشريكي، كان لا يداري ولا يماري، يا سائب قد كنت تعمل أعمالاً. . . » الحديث. فهو من قول الرسول ﷺ للسائب. وإسناده ضعيف. وانظره فيه.

وأخرجه أحمد في «مسنده» (١٥٥٠٣) من طريق سيف بن سليمان، قال: سمعت مجاهداً يقول: كان السائب بن أبي السائب العابدي شريك رسول الله ﷺ في الجاهلية، قال فجاء النبيَّ ﷺ يوم فتح مكة، فقال: بأبي وأمي، لا تداري ولا تماري. وإسناده ضعيف لإرساله.

=

الشَّرِكَةُ نَوعانِ: شَرِكةُ مِلْكٍ، وشَرِكةُ عقْدٍ. فشَرِكةُ الملْكِ نَوعانِ: جَبْرِيَّةٌ، واختِياريَّةٌ. وشَرِكةُ العُقُودِ نَوعانِ: شَرِكةٌ في المالِ، . . . .

والناسُ يتعاملونها فلم ينكِر عليهم. وتعاملوها إلى يومنا هٰذا من غير نَكيرٍ، فكان إجماعاً.

قال: (الشَّرِكَةُ نَوعانِ: شَرِكةُ مِلْكٍ، وشَرِكةُ عقْدٍ. فشَرِكةُ الملْكِ نوعانِ: جَبْرِيَّةٌ، واختِياريَّةٌ. وشَرِكةُ العُقُودِ نَوعانِ: شَرِكةٌ في المالِ،

= وأخرجه أحمد في «مسنده» (١٥٥٠٢)، وأبو داود في «سننه» (٤٨٣٦) من طريق مجاهد، عن قائد السائب، عن السائب أنه قال للنبي ﷺ: كنت شريكي، فكنت خير شريك، كنت لا تداري ولا تماري. وإسناده ضعيف.

وأخرجه ابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٧٠٨)، والضياء المقدسي في «المختارة» ٩/ ٣٩٦ من طريق الأعمش، عن مجاهد عن عبد الله بن السائب قال: أتيت النبي ﷺ لأبياعه فقلت: يا رسول الله تعرفني؟ قال: «نعم، ألم تكن شريكي مرة». فقلت: بلى، فوجدتك خير شريك لا تماري ولا تداري.

قال الحافظ ابن حجر في «تهذيب التهذيب» في ترجمة السائب عن ابن عبد البر: الحديث فيمن كان شريكه ﷺ مضطرب جداً، فمنهم من يجعله للسائب بن أبي السائب، ومنهم من يجعله لأبيه، ومنهم من يجعله لقيس بن السائب، ومنهم من يجعله لعبد الله، وهٰذا اضطراب شديد. وانظر «المسند» الحديث رقم (١٥٥٠٠).

وقوله: لا يشاري، قال في «النهاية»: المشاراة: الملاجة، وقد شري واستشرى: إذا لج في الأمر، وقوله: لا يماري من المراء وهو الجدال، وقوله: ولا يداري من درأ بالهمز: إذا دفع، قال السندي: والمراد أنه كان شريكاً موافقاً لا يخالف ولا يُنازع، وأصل يداري مهموز، وجاء في الحديث غير مهموز ليزاوج يماري.

وشَرِكةٌ في الأعمالِ. فالشَّرِكةُ في الأموالِ أنواعٌ: مُفاوَضَةٌ، وعِنانٌ، ووجُوهٌ، وشَرِكةٌ في العُرُوضِ. والشَّرِكةُ في الأعمالِ نَوعان: جائزةٌ: وهي شَرِكةُ الصَّنائعِ، وفاسِدةٌ: وهي الشَّرِكةُ في المُباحاتِ. . . . .

وشَرِكةٌ في الأعمالِ. فالشَّرِكةُ في الأموالِ أنواعٌ: مُفاوَضَةٌ، وعِنانٌ، ووجُوهٌ، وشَرِكةٌ في العُرُوضِ. والشَّرِكةُ في الأعمالِ نَوعان: جائزةٌ: وهي شَرِكةُ الصَّنائعِ، وفاسِدةٌ وهي الشَّرِكةُ في المُباحاتِ) وسيأتيك بيان ذٰلك إن شاء الله.

أما شركةُ الأملاك: أما الجبريَّةُ: بأن يختَلِط مالان لِرَجُلين اختلاطاً لا يمكنُ التمييز بينهما، أو يَرِثان مالاً.

والاختياريةُ: أن يشتَرِيا عَيناً أو يَتَّهبا أو يوصَى لهما فيَقبلان، أو يستوليا على مالٍ، أو يَخلِطان ماليهما، وفي جميع ذٰلك كلُّ واحد منهما أجنبيٌّ في نصيب الآخر، لا يتصرَّفُ فيه إلا بإذنه لعدم إذنِه له فيه، ويجوزُ بيعُ نصيبه من شريكه في جميع الوجوه، وأما من غيرِه فما يثبت الشركةُ فيه بالخَلْط أو الاختلاط لا يجوزُ إلا بإذن شريكِه، لأن الخَلْط استهلاكٌ معنىً، فأورَثَ شُبهةَ زوال ملكِ نصيبِ كلٍّ واحدٍ منهما إلى صاحبه. وفيما يثبتُ بالميراث والبيع والهِبَةِ والوصيَّة يجوزُ بيع أحدِهما نصيبَه من أجنبيٍّ بغير إذن صاحبه، لأن ملكَ كلٍّ واحدٍ منهما قائمٌ في نصيبِه من كلِّ وجه.

وأما شركةُ العقود فرُكْنُها: الإيجابُ والقَبول، وهو أن يقول: شاركتُك في كذا وكذا، فيقول الآخر: قَبِلْتُ. وشَرْطُها: أن يكون

أَمَّا المُفاوَضَةُ: فهو أن يَتَساوَيا في التَّصرُّفِ والدِّينِ (س) والمالِ الذي تَصِحُّ فيه الشَّرِكةُ. . . . .

التصرُّفُ المعقودُ عليه قابلاً للوكالة، حتى لا يجوزُ على الاحتطاب وأشباهِه، ليكون الحاصلُ بالتصرُّف مشتركاً بينهما، إذ هو المطلوبُ من عقدِ الشركة.

(**أَمَّا المُفاوَضَةُ: فهو أن يَتَساوَيا في التَّصرُّفِ والدِّينِ والمالِ الذي تَصِحُّ فيه الشَّرِكةُ**) لأنها في اللغة تقتضي المساواةَ، يقال: فاوَضَ يُفاوِضُ، أي: ساوَى يُساوِي، فلا بدَّ من تحقق المساواة ابتداءً وانتهاءً، وذلك فيما ذكرناه. أما المالُ فلأنه الأصلُ في الشركة، ومنه يكون الربحُ. وأما التصرُّفُ فلأنه متى تصرَّفَ أحدُهما تصرُّفاً لا يقدِرُ الآخرُ عليه فاتت المساواةُ، وكذا في الدِّين[1] لأن الذميَّ يملِكُ من التصرُّفَ في بيع الخَمر والخِنزير وشرائِهما ما لا يملكه المسلمُ، فلا مساواةَ بينهما، فلهذا قلنا: لا يصحُّ بينهما مفاوضةٌ. وقال أبو يوسف: تنعقدُ المفاوضةُ بينهما، لأن ما يملِكُه الذميُّ من بيع الخَمر والخِنزير يملكُه المسلمُ بالتوكيل، فتحققت المساواةُ. قلنا: الذميُّ يملكُ ذلك بنفسِه وبنائبه، ولا كذلك المسلمُ، فانتفتِ المساواةُ، فإذا عَقَدا المفاوضةَ صارت عِناناً عندهما، لفَوَات شرط المفاوضةِ ووجودِ شرط العِنان، وكذلك كلَّما فات شرطٌ من شرائط المفاوضة يُجعل عِناناً إذا أمكنَ، تصحيحاً لتصرُّفهما بقَدْر الإمكان.

---

(١) في (س): الذمي، والمثبت من (م).

ولا تَصِحُّ إلاَّ بينَ البالِغَينِ العاقِلَينِ الحُرَّينِ المُسلِمَينِ أوِ الذِّمِّيَّينِ، . . . . .

قال: (ولا تَصِحُّ إلاَّ بينَ البالِغَينِ العاقِلَينِ الحُرَّينِ المُسلِمَينِ أوِ الذِّمِّيَّينِ) وإن كان أحدُهما كتابياً والآخرُ مجوسيّاً لتساويهما في التصرُّف، ولا تصحُّ بين العبد والحُرِّ، ولا بين الصبيِّ والبالِغ للتفاوت بينهما، فإن الحُرَّ والبالغَ يملِكان الكفالةَ والتبرُّعاتِ، ولا كذٰلك الصبيُّ والعبدُ، أو يملكانها بإذن الوليِّ والمولى، ولا تصحُّ بين العبدَين، ولا بين الصَّبيَّين، ولا بين المُكاتبَين، لأن هٰؤلاء ليسوا من أهل الكفالةِ، وأنها تنعقدُ على الكفالة على ما نبينُه إن شاء الله تعالى.

والأصل في جوازها قوله عليه السلام: «فاوِضُوا، فإنهُ أعظمُ للبَرَكةِ»[1]، ولأنها تشتمل على الوَكالة والكَفالة والشَّرِكة في الربح، وكلُّ واحد منها جائزٌ عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع.

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٥ فقال: غريب، وهٰذا المصطلح يريد به أنه لم يجد له أصلاً، وأخرج ابن ماجه في «سننه» (٢٢٨٩) في التجارات عن صالح بن صهيب، عن أبيه صهيب، قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث فيهن البركة: البيع لأجل، والمقارضة، وأخلاط البر بالشعير للبيت، لا للبيع» وإسناده في غاية الضعف فيه صالح بن صهيب وهو مجهول، ونصر بن القاسم: قال البخاري: حديثه موضوع، وعبد الرحيم بن داود: مجهول. قال الزيلعي: ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه «المفاوضة» عوض «المقارضة»، ورواه إبراهيم الحربي في كتاب «غريب الحديث»، وضبط المعارضة ـ بالعين والضاد ـ وفسر المعارضة بأنها بيعُ عَرَضٍ بعَرَضٍ مثله، قال: والعرض: هو ما سوى النقود من دابة أو غيرها، قال: والعرَض ـ بفتح الراء ـ حطام الدنيا. . . إلخ.

ولا تَنعَقِدُ إلاَّ بلَفظِ المُفاوَضَةِ، أو بتَبْيِينِ جَمِيعِ مُقتَضاها، ولا يُشتَرَطُ تَسلِيمُ المالِ ولا خَلْطُهُما، وتَنعَقِدُ على الوَكالَةِ والكَفالَةِ، فما يَشتَرِيه كُلُّ واحِدٍ منهما على الشَّرِكةِ إلا طَعامَ أهلِه وإدَامَهُم وكِسوتَه وكِسوَتَهُم. . . . .

قال: (**ولا تَنعَقِدُ إلاَّ بِلَفظِ المُفاوَضَةِ**) لأن العوامَّ قلَّما يعلمون شَرائطَها، وهٰذه اللفظةُ تتضمَّنُ شرائطَها ومعناها (**أو بتَبْيِينِ جَمِيعِ مُقتَضاها**) لأن العبرةَ للمعاني.

قال: (**ولا يُشتَرَطُ تَسلِيمُ المالِ**) لأن الدراهمَ والدنانيرَ لا يتعيَّنان في العقود.

قال: (**ولا خَلْطُهُما**) لأن المقصود الخلطُ في المشتَرَى، وكلُّ واحد منهما يشتري بما في يدِه بخلاف المضارَبَة، لأنه لا بدَّ من التسليم ليتمكَّن من الشراء، ويُشتَرَط حضورُه عند العقد أو عند المشتَرَى، لأن الشركةَ تتمُّ بالشراء، لأن الربح به يحصُل.

قال: (**وتَنعَقِدُ على الوَكالَةِ والكَفالَةِ**) لأن المساواة بذٰلك تتحقَّق، وهو أن يكون كلُّ واحد منهما مطالَباً بما طُولِب به صاحبُه بالتجارة وهو الكفالةُ، وأن يكون الحاصلُ بالتجارةِ بفعل أيِّهما كان مشتركاً بينهما وهي الوكالةُ، وكان معنى المُفاوضة وهو المساواةُ يقتضي الكفالةَ والوكالةَ، فكأنّ كلَّ واحد منهما فَوَّض إلى الآخر أمرَ الشَّرِكة على الإطلاق، ورضي بفعله، وذٰلك يقتضي الوكالةَ والكفالةَ أيضاً.

قال: (**فما يَشتَرِيه كُلُّ واحِدٍ منهما على الشَّرِكةِ**) عملاً بعَقد المفاوضة (**إلا طَعامَ أهلِه وإدَامَهُم وكِسوتَه وكِسوَتَهُم**) والقياسُ أن

ولِلبائِعِ مُطالَبةُ أيّهما شاءَ بالثَّمَن، وإن تكفَّلَ بمالٍ عن أجنَبيٍّ لَزِمَ صاحِبَه (سم)، ....

يكون على الشَّرِكة بمقتضى العَقد، إلا أنا استحسنَّا ذٰلك للضرورة، فإن الطعام والكِسْوة من اللوازم، ولا يمكن إيجابها في مالِ غيرِه فيجب في مالِه ضرورةً.

قال: (**ولِلبائِعِ مُطالَبةُ أيّهما شاءَ بالثَّمَن**) بمقتضَى الكفالة، ثم يرجعُ الكفيل على المشتري بنِصف ما أدّى، لأنه كفيلٌ أدَّى عنه بأمره.

قال: (**وإن تكفَّلَ بمالٍ عن أجنَبيٍّ لَزِمَ صاحِبَه**) وقالا: لا يلزمُه لأنه تبرُّعٌ، حتى لا يصحُّ من الصبيِّ والمأذونِ، وصار كالإقراض، وله أنه تبرُّعٌ ابتداءً لما ذُكر، معاوضةٌ انتهاءً لأنه يجبُ له الضمانُ على المكفول عنه، حتى لو كَفَلَ بغير أمرِه لا يلزم شريكَه، وبالنظر إلى المعاوَضَة يلزم شريكَه.

والإقراضُ ممنوع أو يقول: هو إعارةٌ، ولهٰذا لا يصحُّ فيه التأجيل، وللمردود في الإعارة حكمُ العين لا حكمُ البَدَل، فلم توجد المعاوضةُ.

وضمانُ الغَصْب والاستهلاكِ كالكفالةِ لأنه معاوضةٌ انتهاءً، وكذا ما يلزم أحدَهما من الديون بسببٍ تصحُّ فيه الشركةُ كالبيعِ والإجارةِ ونحوِهما يلزم شريكَه، وما لزم بسببٍ لا تصحُّ فيه الشركةُ لا يلزمه كالنكاحِ وبَدَل الخُلع والصُّلْح عن دمِ العَمْد ونحوه.

فإنْ مَلَكَ أحدُهُما ما تَصِحُّ فيه الشَّركةُ صارتْ عِناناً، وكذا كُلُّ مَوضِعٍ فَسَدَتْ فيه المُفاوَضَةُ لفَواتِ شَرْطٍ لا يُشتَرَطُ في العِنانِ. ولا تَنعَقِدُ المُفاوَضَةُ والعِنانُ إلاَّ بالدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ وتِبْرِهما إنْ جَرَى التَّعامُلُ به وبالفُلُوسِ الرَّائجَةِ،

قال: (**فإنْ مَلَكَ أحدُهُما ما تَصِحُّ فيه الشَّركةُ صارتْ عِناناً**) لزوال المساواة، وذٰلك مثلُ الإرْثِ والوصيةِ والاتِّهاب، والمساواةُ في العِنان ليس بشرطٍ، فتصير عِناناً لوجود شرائطها.

(**وكذا كُلُّ مَوضِعٍ فَسَدَتْ فيه المُفاوَضَةُ لفَواتِ شَرْطٍ لا يُشتَرَطُ في العِنانِ**) لما قلنا، وإن مَلَكَ شيئاً لا تصحُّ فيه الشركةُ كالعَقار والعُروض، فالمفاوضةُ بحالها، لأن ذٰلك لا يُبطلُها في الابتداءِ، فكذا حالة البقاء.

قال: (**ولا تَنعَقِدُ المُفاوَضَةُ والعِنانُ إلاَّ بالدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ وتِبْرِهما إنْ جَرَى التَّعامُلُ به وبالفُلُوسِ الرَّائجَةِ**) أما الدراهمُ والدنانيرُ فلأنهما ثمنُ الأشياء خِلْقةً ووضعاً، ولا خلافَ في ذٰلك. وأما التِّبْر فقيل: يجوز مطلقاً، لأن الذهب والفضةَ خُلِقا ثمنين، وقيل: لا يجوز إلا بالتعامل، وهو الأصحُّ، لأنهما وإن خُلِقا للثمنيَّة لٰكن بوصفِ الضَّرْب، حتى لا ينصرفُ الاسمُ عند الإطلاق إلى التِّبْر، وإنما ينصرفُ إلى المضروب، إلا أنا أجرينا التعاملَ مجرى الضَّرْب عملاً بالعُرف، فألحقناه بهما عند التعامل.

وإن كان لأحدِهما دراهمُ وللآخر دنانيرُ، أو لأحدِهما سُودٌ وللآخرِ بِيضٌ جازت المفاوضةُ إن استوت قيمتُهما، لأنهما جنسٌ واحد من حيثُ الثمنيةُ، وإن تفاضَلا في القيمةِ لا تصحُّ مفاوضةً، وتصير

ولا تَصِحُّ بالعُرُوضِ (ف) إلاَّ أن يَبِيعَ أحدُهُما نِصْفَ عُرُوضِه بِنِصْفِ عُرُوضِ الآخَرِ إذا كانت قِيمتاهُما على السَّوَاءِ ثُمَّ يَعقِدانِ الشَّرِكةَ . . . .

عناناً لم تقدّم. وروى الحسن عن أبي حنيفةَ أنه لا يجوزُ وإن استويا في القيمة، وهو قولُ زفر، لأن الشركةَ تُنْبِئُ عن الخُلْطة، ولا اختلاط مع اختلاف الجِنس. وجوابه أنهما جنسٌ واحد من حيثُ الثمنية نظراً إلى المقصود على ما بينا.

وأما الفُلوسُ فلأنها إذا راجت التحقَت بالأثمان. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه لا يجوزُ لأن ثمنيَّتهما تتغير بالاصطلاح، ومحمدٌ مرَّ على أصله في ثمنيَّتها، حتى لا تتعينُ بالتعيين حالةَ النَّفَاقِ والرَّواج.

قال: (**ولا تَصِحُّ بالعُرُوضِ**) لأنه يؤدي إلى رِبْحِ ما لم يضمن، لأنه لا بدَّ من بيعها، فإذا باع أحدُهما عُروضَه بألفٍ، وباع الآخرُ عُروضَه بألفٍ وخمسِ مئةٍ، ومقتضى العقد الشركة في الكل، فما يأخذُه صاحب الألفِ زيادةً على الألف رِبْحُ ما لم يضمن، وقد نهى رسول الله عليه السلام عن رِبْح ما لم يضمن[1].

قال: (**إلاَّ أن يَبِيعَ أحدُهُما نِصْفَ عُرُوضِه بِنِصْفِ عُرُوضِ الآخَرِ إذا كانت قِيمتاهُما على السَّوَاءِ**) فتنعقدُ بشركةِ أملاكٍ. (**ثُمَّ يَعقِدانِ الشَّرِكةَ**) على قيمتهما، وهٰذه شركة العُروض.

---

(١) أخرجه ضمن حديثٍ عن عبد الله بن عمرو أبو داود (٣٥٠٤)، وابن ماجه (٢١٨٨)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي ٧/ ٢٨٨ و٢٩٥، وهو في «المسند» (٦٦٧١) و(٦٩١٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٢١) وإسناده حسن.

وإن اشتركا على أن يبيع كلُّ واحدٍ عُروضَه ويكون ثمنُه بينهما لا يجوز لما تقدّم.

وتصحُّ الشركة بالمَكيل والموزون والمَعدُود المتقارِب إذا خُلِطا واتَّحدَ الجِنس، وما ربحا فلهما، والوضيعةُ عليهما. وذكر الكَرْخي أن عند أبي يوسف: هي شَرِكةُ أملاكٍ، لأنها ليست بأثمانٍ، فلا يصحُّ التفاضلُ في الربح. وعند محمد: تصحُّ شَرِكةَ عَقْدٍ بالخَلط، لأنها تصلُح ثمناً لوجوبها دَيناً في الذِّمَّة، إلا أن قبل الخَلط لا تتحقق الوكالةُ، فإنه لو قال له: اشتَرِ بحِنْطتِك شيئاً على أن يكون بيننا لا يصحُّ، لأن توكيل الغير ببيعِ ملكِ نفسِه لا يجوز، وبعدَ الخَلط تتحققُ فصحَّت الشركةُ.

قال: (**وشَرِكةُ العِنانِ تَصِحُّ مع التَّفاضُلِ في المالِ**) لأنها لا تَقتضي المساواةَ، فيجوز أن يشتركا في عُموم التجارات وفي خُصُوصها وببعض مالهِ، لأنها تُنبئُ عن الحَبْس، يقال: عُنَّ الرجلُ إذا حُبس، والعِنِّين محبوسٌ عن النساء، والعِنَان يحبسُ الدابةَ عن بعض الإطلاق، فكأنَّ شريك العِنان حَبَسَ بعضَ ماله عن الشركة، أو حَبَس شريكَه عن بعض التجارات في مالهِ، وتُعتبر قيمةُ رأس المالَين المختلفَين يومَ الشَّرِكة، لأنه إنما يستحقُّ زيادةَ الربح بالشرط يومَ الشركة، ويُعتبر قيمتُهما يومَ الشراء ليُعرَف مقدارُ ملكيهما في المشتَرى، لأن حقَّهما ينتقل إلى المشترَى بالشراء ويُعتبَر يومُ القسمة أيضاً، لأن عند القِسمة يظهرُ الربحُ.

وتَصِحُّ مع التَّفاضُلِ في المالِ والتَّساوِي في الرِّبْحِ إذا عَمِلا أو شَرَطا زِيادَةَ الرِّبْحِ لِلعامِلِ، ....

قال: (**وتَصِحُّ مع التَّفاضُلِ في المالِ والتَّساوِي في الرِّبْحِ إذا عَمِلا أو شَرَطا زِيادَةَ الرِّبْحِ لِلعامِلِ**) وقال زفر: لا تصحُّ المساواةُ في المال والتفاوتُ في الربح، ولا على العكس، ولا يجوز إلا أن يكون الربحُ على قَدْر رأس المال، لأنه يؤدِّي إلى ربحِ ما لم يضمن كالمفاوضة، ولأنه لا يجوزُ اشتراطُ الوضيعةِ هٰكذا، فكذا الربح. ولنا قول عليٍّ رضي الله عنه: الربحُ على ما اشتَرَط العاقدان، والوضيعةُ على المال[1].

---

(١) أخرج قول علي عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٠٨٧) عن القيس بن الربيع، عن أبي الحصين، عن الشعبي، عن علي في المضاربة: الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه، وأما الثوري فذكره عن أبي الحصين عن علي في المضاربة أو الشريكين. ورجاله ثقات غير قيس، فإن فيه ضعفاً، لكنه يصلح للمتابعات.

وأخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ٤ عن وكيع، عن سفيان الثوري، عن أبي حصين، عن علي في المضاربة أو الشريكين ـ قال سفيان: لا أدري أيهما قال ـ الربح على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على المال.

وروى مالك في «الموطأ» ٢/ ٦٨٧ عن زيد بن أسلم، عن أبيه أنه قال: خرج عبد الله وعُبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا، مَرَّا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمرٍ أنفعكما به، لفعلتُ، ثم قال: بلى ها هنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأُسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما =

وإذا تفاوتا في المالِ وشَرَطا التَّساوي في الرِّبْحِ والوَضِيعَةِ فالرِّبحُ على ما شَرَطا، والوَضِيعَةُ على قَدْرِ المال.

ولأن الربح كما يستَحَقُّ بالمال يُستَحَقُّ بالعمل كالمضارِب، فإن أحدَهما قد يكون أعرفَ بأمور التِّجارات وأهدَى إلى البِيَاعات، فلا يرضى بالمساواة.

(**وإذا تفاوتا في المالِ وشَرَطا التَّساوي**[1] **في الرِّبْحِ والوَضِيعَةِ، فالرِّبحُ على ما شَرَطا، والوَضِيعَةُ على قَدْرِ المال**) قال عليه السلام: «الربحُ على ما شَرَطَا والوضيعةُ على قَدْرِ المالينِ»[2] من غير فَصْل،

= قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر، قال: أكلَّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما، قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص هذا المال أو هلك لضمنَّاه، فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلتَه قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً (يعني مضاربة) فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال. وهذا إسناد صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين.

وروى مالك أيضاً عن العلاء بن عبد الرحمٰن، عن أبيه، عن جده: أن عثمان ابن عفان أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما. وهذا سند حسن.

(١) في (م): «وإذا تساويا في المال، أو شرطا التفاوت». والمثبت من (س).

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٥ وقال: غريب جداً، ويوجد في بعض كتاب الأصحاب من قول علي. انتهى. قلنا: وانظر قول علي السالف تخريجه قريباً.

وتَنعَقِدُ على الوَكالةِ، ولا تَنعَقِدُ على الكفالةِ، ولا تصِحُّ فيما لا تصِحُّ الوَكالةُ به كالاحتطابِ والاحتِشاشِ، وما جَمَعَه كُلٌّ واحِدٍ منهما فهو له، فإن أعانَه الآخَرُ فله أجرُ مِثْلِه، وإن هَلَكَ المالانِ أو أحدُهُما في شَرِكةِ العِنانِ قَبلَ الشِّراءِ بَطَلتِ الشَّرِكةُ. ....

ولأنَّا جوَّزنا اشتراطَ زيادةِ الربح بمقابَلَة العَمَل تقديراً. أما زيادةُ الوضيعةِ فلا وجه لها، وصار كما إذا شَرَطا الوضيعةَ على المضارِب، فإنه لا يصحُّ، كذٰلك هنا.

قال: (**وتَنعَقِدُ على الوَكالةِ**) لما مرَّ، (**ولا تَنعَقِدُ على الكفالةِ**) لأنها إنما ثبتت في المفاوضة قضيةً للمساواة، ولا مساواةَ هنا. قال: (**ولا تصِحُّ فيما لا تصِحُّ الوَكالةُ به كالاحتطابِ والاحتِشاشِ**) لأن الوكالةَ في ذٰلك باطلةٌ لأنها مباحةٌ، لأن الآخذ يملكُه بدون التوكيل فيكون فاعلاً لنفسِه، ومن ذٰلك اجتِناءُ الثمار من الجِبال، والاصطيادُ، وحفرُ المعادنِ، وأخْذُ المِلحِ والجِصِّ والكُحْلِ وغيرِها من المباحات.

(**وما جَمَعَه كُلٌّ واحِدٍ منهما فهو له**) لأنه مباحٌ سبقت يدُه عليه.

(**فإن أعانَه الآخَرُ فله أجرُ مِثْلِه**) بالغاً ما بَلَغ، لأن الشركةَ متى فسَدَت صارت إجازةً فاسدةً، ولو استأجرَه في ذٰلك بنصف المجموع، كان له أجرُ المِثل بالغاً ما بلَغَ، كذٰلك هنا. وقال أبو يوسف: له أجرُ مثلِه لا يجاوز به نصفَ الثمن تحقيقاً للفائدةِ، وهٰذه الشركةُ الفاسدةُ.

قال: (**وإن هَلَكَ المالانِ أو أحدُهُما في شَرِكةِ العِنانِ قَبلَ الشِّراءِ بَطَلتِ الشَّرِكةُ**) أما إذا هلكا لأنَّ المعقود عليه المالُ، وأنه يتعيَّن فيها

وإن اشتَرى أحدُهُما بِمالِه ثُمَّ هَلَكَ مالُ الآخَرِ فالمُشتَرَى بينهما على ما شَرَطا، ويَرجِعُ على صاحِبِه بِحِصَّتِه من الثَّمَنِ، وإن هَلَكَ أَحَدُ المَالَينِ ثُمَّ اشتَرَى أحدُهُما فالمُشتَرَى لِصاحِبِ المالِ خاصَّةً، ولا يجُوزُ أن يَشتَرِطا لأحدِهِما درَاهِمَ مُسَمَّاةً من الرِّبحِ . . . .

كالهِبةِ والوصيَّةِ وقد هلَكَ، فيبطُلُ العقدُ كالبيع، وأما إذا هلك أحدُهما، فلأن الآخر ما رضي بشَرِكةٍ في مالهِ إلا ليَشْرَكَه في مالهِ أيضاً، وقد فاتت الشركةُ في الهالِكِ، فيفوتُ الرضا فيبطُلُ العقد.

قال: (**وإن اشتَرى أحدُهُما بِمالِه ثُمَّ هَلَكَ مالُ الآخَرِ فالمُشتَرَى بينهما على ما شَرَطا**) لانعقاد الشركةِ وقتَ الشراء. (**ويَرجِعُ على صاحِبِه بِحِصَّتِه من الثَّمَنِ**) ولأنه اشترى له بالوَكالة، ونَقَدَ الثمنَ من مالِه، فيرجِعُ عليه لما مرَّ.

(**وإن هَلَكَ أَحَدُ المَالَينِ ثُمَّ اشتَرَى أحدُهُما فالمُشتَرَى لِصاحِبِ المالِ خاصَّةً**) لأن الوكالة بطلَت بهَلاك أحدِ المالين كما تقدم، فيكونُ مشترِياً لنفسِه خاصةً، وإن كان نصَّا على الوَكالة في عقدِ الشَّرِكة كان المشتَرَى بينهما على ما شَرَطا وتكونُ شَرِكةَ أملاكٍ، لأن الشركةَ بطلت لما بينا، والمشتَرَى بحُكم الوكالةِ المصرَّح بها لا بحُكم الشَّرِكة المعقودةِ، فكانت شركةَ أملاكٍ، ويَرجِعُ عليه بحِصَّته من الثمن لما مرَّ.

قال: (**ولا يجُوزُ أن يَشتَرِطا لأحدِهِما درَاهِمَ مُسَمَّاةً من الرِّبحِ**) لأنه قد لا يَربَحُ ما سَمَّيا، أو يربحُ ذلك لا غير، فتبطُلُ الشركةُ، فكان شرطاً مبطِلاً للشركة فلا يجوز.

ولِشَرِيكِ العِنانِ والمُفاوِضِ أن يُوَكِّلَ ويُبْضِعَ ويُضَارِبَ ويُودِعَ ويَستَأْجِرَ على العَمَلِ، وهو أمينٌ في المالِ.

وشَرِكَةُ الصَّنائِعِ: أن يَشترِكَ صانِعانِ اتَّفَقا في الصَّنعَةِ أو اختَلَفا على أن يَتَقَبَّلا الأعمالَ ويكُونُ الكَسْبُ بينهما، فيَجوزُ، ....

قال: (**ولِشَرِيكِ العِنانِ والمُفاوِضِ أن يُوَكِّلَ ويُبْضِعَ ويُضَارِبَ ويُودِعَ ويَستَأْجِرَ على العَمَلِ**) لأن كلَّ ذٰلك من أفعال التجار.

(**وهو أمينٌ في المالِ**) لأنه قَبَضه من المالك بإذنٍ، وليس له أن يشارِكَ، لأن الشيءَ لا يَستَتْبِعُ مثلَه، فلو شارك المفاوِض عِناناً جاز عليهما لأنه دون المفاوضةِ، ولو فاوضَه جاز بإذنِ شريكِه، فإن لم يأذَنْ ينعقدُ عِناناً لأن الشيءَ لا يستتبع مثلَه، فإذا أجاز المفاوضَةَ كانت شركةً مبتدَأَةً، وإلا فهي عِنانٌ لأنه لا بدَّ له من الاستعانة بغيرِه، وهٰذا دونَه، فيجوزُ كالمضارِب، وله أن يوكِّل وليس له أن يضارِب.

قال: (**وشَرِكَةُ الصَّنائِعِ**) وتُسمى شركةَ التقبُّل، وهي: (**أن يَشترِكَ صانِعانِ اتَّفَقا في الصَّنعَةِ أو اختَلَفا على أن يَتَقَبَّلا الأعمالَ ويكُونُ الكَسْبُ بينهما، فيَجوزُ**) وقال زفر: لا يجوز مع اختلاف العمل، لأن الشركةَ تُنبئُ عن الخُلْطة، ولا اختلاطَ مع الاختلاف. ولنا أنها شركةٌ في ضمانِ العمل وفيما يُستفادُ به وهو الأجرُ لا في نفس العمل، والوكالةُ فيه ممكنةٌ، لأن ما يتقبلُ كلُّ واحد منهما من العمل فهو أصيلٌ في نصفِه وكيلٌ في نصفه، وبذٰلك تتحققُ الشركة.

وما يتقبَّلُه أحدُهُما يَلزَمُهُما، فيُطالَبُ كُلُّ واحِدٍ منهما بالعَمَلِ، ويُطالِبُ بالأجرِ. وشَرِكةُ الوُجُوه جائزَةٌ، وهي: أن يَشتَرِكا على أن يَشتَرِيا بِوُجُوهِهما ويَبِيعا، ....

ولو استويا في العَمَل وتفاضَلا في المال جاز أيضاً، لأن الأجرة بَدَلُ عملهما، وأنهما يتفاوتان، فيكون أحدُهما أجودَ عملاً وأحسنَ صناعةً فيجوز. والقياسُ أن لا يجوزَ لأنه يؤدّي إلى ربحِ ما لم يضمن، لأن الضمانَ بقَدْر العمل، فالزيادةُ عليه زيادةُ ربحِ ما لم يضمن. قلنا الموجود هنا ليس بربحٍ، لأن الربحَ يقتضي المجانَسَةَ بينه وبين رأس المال، ولا مجانسَةَ، لأن رأسَ المال هو العملُ، والربحُ مالٌ، فكان بدَلَ العمل على ما بينا.

قال: (**وما يتَقَبَّلُه أحدُهُما يَلزَمُهُما، فيُطالَبُ كُلُّ واحِدٍ منهما بالعَمَلِ، ويُطالِبُ بالأجرِ**) استحساناً. والقياس أن لا يَلزَمَ شريكَه، لأن ذٰلك مقتضى المفاوضةِ، والشركةُ هنا مطلقةٌ. وجه الاستحسان أن هٰذه الشركة تقتضي الضمانَ، حتى كان ما يتقبلُه كلُّ واحد منهما مضموناً على الآخر، ويستوجب الآخرَ بما تقبَّلَه شريكُه، فكان كالمفاوَضةِ في ضمان الأعمال والمطالَبَةِ بالأبدال.

قال: (**وشَرِكةُ الوُجُوه جائزَةٌ**) وتسمَّى شركةَ المفاليس (**وهي أن يَشتَرِكا على أن يَشتَرِيا بِوُجُوهِهما ويَبِيعا**) سُمِّيت بذٰلك لأن الشراءَ بالنَّسيئةِ إنما يكونُ لمن له وجاهةٌ عند الناس، والتعاملُ بذٰلك جارٍ بين الناس من غير نكيرٍ.

وتَنعَقِدُ على الوَكالَةِ. وإنْ شَرَطا أنَّ المُشتَرَى بينهما، فالرّبحُ كذٰلكَ، ولا تَجُوزُ الزِّيادَةُ فيه، وإن اشتَرَكا ولأحدِهِما بَغْلٌ ولِلآخَرِ راوِيَةٌ يَستَقِي المَاءَ لا يَصِحُّ، والكَسْبُ لِلعامِلِ، وعليه أُجرَةُ بَغْلِ الآخَرِ أو رَاوِيَتِه. والرّبحُ في الشَّرِكةِ الفاسِدةِ على قَدْرِ المالِ، ويَبْطُلُ شَرْطُ الزّيادَةِ . . . .

قال: (**وتَنعَقِدُ على الوَكالَةِ**) لأن التصرُّف على الغَير إنما يجوزُ بوَكالتِه، إذ لا وِلايةَ له عليه، وهٰذا عند الإطلاق، ولو شَرَطا الكفالةَ أيضاً جاز، وتكون مفاوضةً، لأنه يمكن تحقيقُ ذٰلك، لٰكن عند الإطلاق يُصرَفُ إلى العِنان لأنه أدنى.

قال: (**وإنْ شَرَطا أنَّ المُشتَرَى بينهما، فالرّبحُ كذٰلكَ، ولا تَجُوزُ الزِّيادَةُ فيه**) لأن استحقاقَ الربح بالضَّمان، والضمانُ يتبع الملكَ في المشتَرَى فيتقدَّر بقَدْرِه.

قال: (**وإن اشتَرَكا ولأحدِهِما بَغْلٌ ولِلآخَرِ راوِيَةٌ يَستَقِي المَاءَ لا يَصِحُّ، والكَسْبُ لِلعامِلِ**) لأن الماء مباحٌ وأخذُه لا يستفادُ بالوَكالة، وقد تقدّم.

(**وعليه أُجرَةُ بَغْلِ الآخَرِ أو رَاوِيَتِه**) لأنه قد انتَفَع بمِلك الغير بعقدٍ فاسدٍ، فيلزَمُه أجرتُه.

قال: (**والرّبحُ في الشَّرِكةِ الفاسِدةِ على قَدْرِ المالِ، ويَبْطُلُ شَرْطُ الزّيادَةِ**) لأن الربحَ تَبَعٌ لرأس المال، فيتبعُه في المُلكية، والزيادةُ إنما تُستحَقُّ بالشرط، وقد بَطَلَ.

وإذا ماتَ أحدُ الشَّريكَينِ، أو لَحِقَ بدَارِ الحَربِ مُرتَدّاً بَطلَتِ الشَّرِكَةُ، وليسَ لأحدِ الشَّريكَينِ أن يُؤَدِّيَ زَكاةَ مالِ الآخَرِ إلاَّ بإذنه، فإن أذِنَ كُلٌّ واحِدٍ منهما لِصاحِبِه فأدَّيا معاً ضَمِنَ كُلُّ واحِدٍ منهما نَصِيبَ صاحِبِه، وإن أدَّيا مُتَعاقِباً ضَمِنَ الثَّاني لِلأَوَّلِ عَلِم بأدائِه أو لم يَعْلَمْ.

قال: (**وإذا ماتَ أحدُ الشَّريكَينِ أو لَحِقَ بدَارِ الحَربِ مُرتَدّاً بَطلَتِ الشَّرِكَةُ**) لتضمُّنِها الوكالةَ، وهي تبطُلُ بذٰلك على ما مرّ.

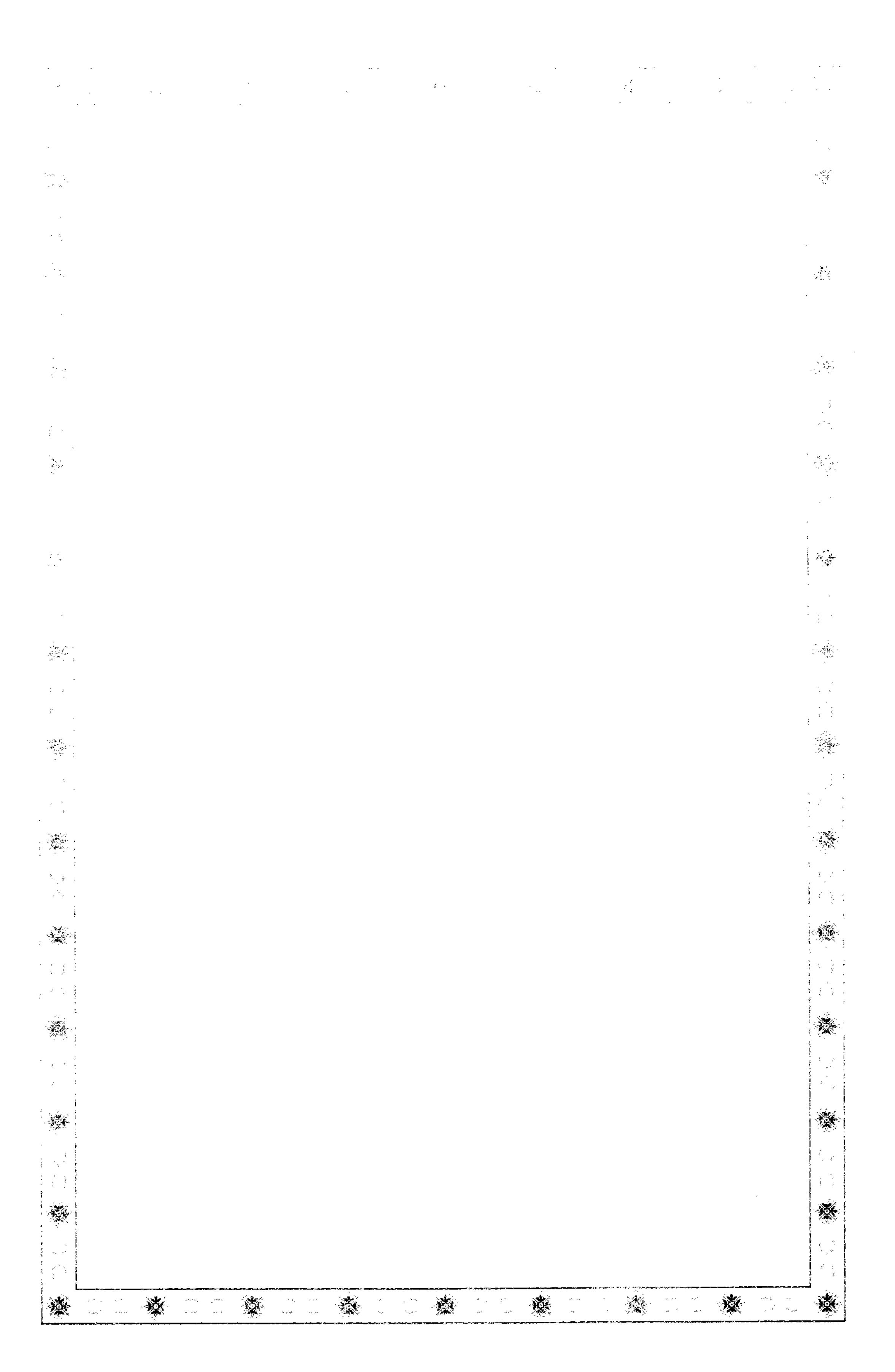
قال: (**وليسَ لأحدِ الشَّريكَينِ أن يُؤَدِّيَ زَكاةَ مالِ الآخَرِ إلاَّ بإذنِه**) لآن ذٰلك ليس بداخِلٍ[1] في الشركة، لأنه ليس من التجارة.

(**فإن أذِنَ كُلٌّ واحِدٍ منهما لِصاحِبِه فأدَّيا معاً ضَمِنَ كُلُّ واحِدٍ منهما نَصِيبَ صاحِبِه، وإن أدَّيا مُتَعاقِباً ضَمِنَ الثَّاني لِلأَوَّلِ، عَلِم بأدائِه أو لم يَعْلَمْ**) عند أبي حنيفة، وعنه إن لم يَعلَم لا يضمن، وهو قولهما، لأنه مأمورٌ بالدفع إلى الفقير، وقد فعَل. وله أنه مأمورٌ بالدفع إليه زكاةً، والمدفوع لم يقع زكاةً فكان مخالفاً، ولأنه أمرَه بأداءٍ يُخرجُه عن العُهدة ولم يوجد، فكان مخالِفاً فيضمنُ، والله أعلم.



---

(١) في (س): تَداخُلٌ، والمثبت من (م).



كتاب المضاربة

وهي مفاعلةٌ من الضَّرْب، وهو السَّيرُ في الأرض، قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ الآية [النساء: ١٠١]. وسمي هٰذا النوع من التصرُّف مضاربةً، لأن فائدته وهو الربحُ لا تحصُلُ غالباً إلا بالضرب في الأرض، وهي بلُغَة الحجاز مقارضة[١]، وإنما اخترنا المضارَبَة لموافقتِه نصَّ القرآن، وهو قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، أي: يسافرون للتجارة.

وهو عقدٌ مشروع بالآية، وبالسنَّة وهو ما روي أن العباسَ كان يدفعُ مالَه مضاربةً، ويشرط على مضاربه أنه لا يسلُكُ به بحراً، وأن لا ينزلَ وادياً، ولا يشتري به ذاتَ كَبِدٍ رَطْبةٍ، فإن فعل ذٰلك ضَمِنَ، فبلغ ذٰلك رسولَ الله ﷺ فاستحسَنَه وأَجازَه[٢]، وبُعِثَ والناسُ يتعاملونه

---

(١) في (م): مقاوضة، والمثبت من (س).

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٧٦٤)، وابن عدي في «الكامل» ٣/ ١٠٤٧، والبيهقي في «السنن» ٦/ ١١١ من طريق يونس بن أرقم، عن أبي الجارود زياد بن المنذر، عن حبيب بن يسار، عن ابن عباس قال: كان العباس ابن عبد المطلب. . . فذكره.

قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ١٦١: وفيه أبو الجارود الأعمى، وهو متروك كذاب. وقال البيهقي: تفرد به أبو الجارود زياد بن المنذر وهو كوفي ضعيف كذبه يحيى بن معين وضعفه الباقون.

. . . .

فأقرَّهم عليه. وعن عمرَ رضي الله عنه أنه دَفَع مالَ اليتيم مضاربةً[1].

وعليه الإجماعُ، ولأن للناس حاجةً إلى ذٰلك، لأن منهم الغنيَّ الغَبيَّ عن التصرُّفات، والفقيرَ الذكيَّ العارفَ بأنواع التجارات، فمسَّتِ الحاجةُ إلى شرعيَّتهِ تحصيلاً لمصلحتهما.

وتنعقدُ بقوله: دفعتُ هٰذا المال إليكَ مضاربةً أو مقارضة أو معاملةً، أو خُذْ المالَ واعمَلْ فيه على أنَّ لك نصفَ الربح أو ثُلُثَه، أو قال: خُذْ هٰذه الألْفَ واعمَلْ بها بالنصف أو بالثُّلُث، استحساناً، لأن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٦/ ٣٧٧ عن ابن أبي زائدة ووكيع، عن عبد الله بن حميد، عن أبيه، عن جده: أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال اليتيم مضاربة، فطلب فيه، فأصاب، فقاسمه الفضل ثم تفرقا. وعبد الله بن حميد وأبوه وجَدّه لا يؤثر توثيقهم عن غير ابن حبان.

وأخرج ابن أبي شيبة ٦/ ٣٧٧ عن حفص بن غياث، عن داود، عن الشعبي: أن عمر بن الخطاب كان عنده مال يتيم، فأعطاه مضاربة في البحر. ورجاله ثقات، لكن الشعبي لم يدرك عمر.

ورواه البيهقي في «المعرفة» (١٢٠٦٧) وقال: وحكاه الشافعي في كتاب «اختلاف العراقيين» عن بعض أهل العراق، عن حميد بن عبد الله (صوابه عبد الله ابن حميد) بن عبيد الأنصاري، عن أبيه، عن جده: أن عمر بن الخطاب أعطى مال اليتيم مضاربة، وكان يعمل به بالعراق، ولا يدري كيف قاطعه على الربح.

وأخرج البيهقي في «السنن» ٦/ ١١١ من طريق يعقوب بن سفيان، عن أبي نعيم، عن هشام، عن أيوب، عن نافع: أن ابن عمر كان يكون عنده مال اليتيم، فيزكيه، ويعطيه مضاربة ويستقرض فيه ورجاله ثقات.

المُضارِبُ شَرِيكُ ربِّ المالِ في الرِّبْحِ، ورأْسُ مالِه الضَّرْبُ في الأرضِ، فإذا سُلِّمَ رأسُ المالِ إليه فهو أمانةٌ، فإذا تَصَرَّفَ فيه فهو وَكِيلٌ، فإذا رَبِـحَ صارَ شَرِيكاً. . . . .

البيع والشراءَ صار مذكوراً بذِكر العَمَل، والنصفُ متى ذُكِر عَقِيبَ البيع والشراءِ يُراد به النصفُ من الربح عُرْفاً، وأنه كالمشروط، ولو قال: خذ هٰذا المالَ بالنِّصف كان مضارَبَةً، استحساناً عملاً بالعُرف.

وشرائطها خمسةٌ:

أحدُها: أنها لا تجوز إلا بالنَّقْدين.

الثاني: إعلامُ رأسِ المال عند العَقْد، إما بالإشارةِ أو بالتسمية، ويكون مُسَلَّماً إلى المضارِب.

الثالث: أن يكون الربحُ شائعاً بينهما.

الرابع: إعلامُ قَدْرِ الربح لكلٍّ واحدٍ منهما.

الخامس: أن يكون المشروطُ للمضارِب من الربح، حتى لو شَرَطه من رأس المال أو منهما فَسَدَت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

قال: (**المُضارِبُ شَرِيكُ ربِّ المالِ في الرِّبْحِ، ورأْسُ مالِه الضَّرْبُ في الأرضِ**) لأنه لو لم يكن شريكَه في الربح لا يكونُ مضاربةً على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

قال: (**فإذا سُلِّمَ رأسُ المالِ إليه فهو أمانةٌ**) لأنه قبَضَهَ بإذن المالك. (**فإذا تَصَرَّفَ فيه فهو وَكِيلٌ**) لأنه تصرفَّ فيه بأمرِهِ. (**فإذا رَبِـحَ صارَ شَرِيكاً**) لأنه ملَكَ جزءاً من الربح.

فإنْ شُرِطَ الرِّبْحُ للمُضارِبِ فهو قَرْضٌ (ف)، وإن شُرِطَ لِرَبِّ المالِ فهو بِضاعةٌ، وإذا فسَدَتِ المُضارَبةُ فهي إجارَةٌ فاسدَةٌ، وإذا خالَفَ صارَ غاصِباً. ولا تَصِحُّ إلاَّ أن يكونَ الرِّبْحُ بينهما مَشاعاً، فإن شُرِطَ لأَحدِهما درَاهِمُ مُسَمَّاةٌ فسَدَتْ، والرِّبْحُ لِرَبِّ المالِ، ولِلمُضارِب أجْرُ مِثلِه. . . . .

(**فإنْ شُرِطَ الرِّبْحُ للمُضارِبِ فهو قَرْضٌ**) لأن كلَّ الربحِ لا يُملَكُ إلا بمِلْكِ رأس المال، فلما شَرَط له جميعَ الربح فقد ملَّكه رأسَ المال، ثم قوله: مضاربةً، شَرْطٌ لردِّه، فيكون قَرْضاً.

(**وإن شُرِطَ**[1] **لِرَبِّ المالِ فهو بِضاعةٌ**) هٰذا معناها عُرفاً وشرعاً.

(**وإذا فسَدَتِ المُضارَبةُ فهي إجارَةٌ فاسدَةٌ**) لأنه عَمِل له بأجرٍ مجهولٍ، فيَستَحِقُ أجرَ مثلِه لما مرّ.

(**وإذا خالَفَ صارَ غاصِباً**) لأنه تصرَّفَ في ملكِ الغيرِ بغيرِ رضاه، فكان غاصباً، ولا تصحُّ إلا بما تصحُّ به الشَّرِكةُ.

قال: (**ولا تَصِحُّ إلاَّ أن يكونَ الرِّبْحُ بينهما مَشاعاً، فإن شُرِطَ لأَحدِهما درَاهِمُ مُسَمَّاةٌ فسَدَتْ**) لما مرَّ في الشَّرِكة، وكذا كلُّ شرطٍ يوجِبُ الجهالةَ في الربح يُفسِدُها لاختلاف المقصود. (**والرِّبْحُ لِرَبِّ المالِ**) لأن الربحَ تَبَعٌ للمال، لأنه نماؤُه. (**ولِلمُضارِب أجْرُ مِثلِه**) لأنها فسَدَتْ، ولا يُتجاوز به المسمَّى عند أبي يوسف، وهو نظيرُ ما مرَّ في الشركة الفاسدة، وهٰكذا كلُّ موضِعٍ لا تصحُّ فيه المضارَبةُ، وتجبُ الأجرةُ وإن لم يعمل، لأن الأجيرَ يستحِقُّ الأجرةَ بتسليم نفسِه، وقد

---

(١) في (س): شرطه، والمثبت من (م).

واشتِراطُ الوَضِيعَةِ على المُضارِبِ باطِلٌ. ولا بُدَّ أن يكونَ المالُ مُسَلَّماً إلى المُضارِبِ. وللمُضارِبِ أن يَبِيعَ ويَشتَرِيَ بالنَّقْدِ والنَّسِيئَةِ ويُوَكِّلَ ويُسافِرَ ويُبْضِعَ، ولا يُضارِبُ إلاَّ بإذنِ رَبِّ المالِ، أو بقوله: اعمَلْ برأيكَ، . . . . .

سَلَّم. وعن أبي يوسف: أنه لا يستحِقُّ حتى يربحَ كالصحيحة، والمالُ أمانةٌ كالصحيحة، أو لأنه أجيرٌ خاصٌّ.

قال: (**واشتِراطُ الوَضِيعَةِ على المُضارِبِ باطِلٌ**) لما روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه قال: الربحُ على ما اشتَرَطوا عليه، والوضيعةُ على المال[1]. ولأنه تصرَّفَ فيه بأمرِه فصار كالوكيل.

قال: (**ولا بُدَّ أن يكونَ المالُ مُسَلَّماً إلى المُضارِبِ**) لأنه لا يَقْدِرُ على العمل إلا باليد، فيجبُ أن تخلُصَ يدُه فيه وتنقطعَ عنه يدُ ربِّ المال.

قال: (**وللمُضارِبِ أن يَبِيعَ ويَشتَرِيَ بالنَّقْدِ والنَّسِيئَةِ ويُوَكِّلَ ويُسافِرَ ويُبْضِعَ**) وأصله أن المضارِب مأمورٌ بالتجارة، فيدخُلُ تحت الإذن كلُّ ما هو تجارةٌ، أو ما لا بدَّ للتجارة منه: كالبيعِ والشراءِ والباقي من أعمال التجارة، وكذلك الإيداعُ، ولأنها دون المضارَبَة فيدخُل تحت الأمر.

قال: (**ولا يضارِبُ إلاَّ بإذنِ رَبِّ المالِ، أو بقوله: اعمَلْ برأيكَ**) لأن الشيء لا يستَتبِعُ مثلَه لاستوائهما في القوّة، فاحتاج إلى التنصيص

---

(١) سلف تخريجه ص٤٤٨.

وليسَ له أن يَتَعَدَّى البَلَدَ والسِّلْعَةَ والمُعامِلَ الذِي عَيَّنَه رَبُّ المال، . . . . . .

أو مُطلَق التفويض، إلا أنه ليس له الإقراضُ، لأن الإطلاقَ فيما هو من أمور التجارة لا غير.

قال: (**وليسَ له أن يَتَعَدَّى البَلَدَ والسِّلْعَةَ والمُعامِلَ الذِي عَيَّنَه رَبُّ المال**) لما روينا من حديث العباس رضي الله عنه[1]. وعن ابن مسعودٍ أنه دَفَع المال مضاربةً وقال: لا تُسلِفْ مالَنا في الحيوان[2]، ولأنها وكالةٌ، وفي التخصيص فائدةٌ فيتخصص، ولو خالَفه كان مشترياً لنفسِه، وربِحُه له، لأنه لما خالف صار غاصباً فأخذ حُكم الغَصْب، ثم قيل: يضمَنُ بنفس الإخراج من البَلَد لوجود المخالَفة، وقيل: لا يضمنُ ما لم يشْتَرِ لاحتمال عَوْدِه إلى البلد قبل الشراء، فإذا عادَ زالَ الضمانُ وصار مضاربةً على حاله بالعقد الأوّل، كالمُودِع إذا خالَف ثم عاد.

---

(١) سلف تخريجه ص٤٥٧.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٥٧ وقال: أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، عنه، أي: عن ابن مسعود.

وذكره البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٢٠٦٩) من طريق الشافعي في كتاب: «اختلاف العراقيين» من طريق حماد، عن إبراهيم: أن ابن مسعود أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضةً.

وأخرج البيهقي في «السنن» ٦/ ٢٢ من طريق محمد بن عبد الوهّاب، عن جعفر بن عون، عن سعيد، عن أبي معشر، عن إبراهيم: أن ابن مسعود كان لا يرى بأساً بالسلم في كل شيء إلى أجل مسمًى ما خلا الحيوان.

. . . .

والمضاربةُ نوعان: عامة، وخاصة.

فالعامّةُ نوعان:

أحدهما: أن يدفع المالَ إليه مضاربةً ولم يقل له: اعمَلْ برأيك، فيملِكُ جميع التصرُّفات التي يَحتاج إليها في التجارة، ويَدخُل فيه الرهنُ والارتهانُ والاستئجارُ والحَطُّ بالعَيب والاحتيالُ بمال المضارَبة، وكلُّ ما يعملُه التجار غيرَ التبرُّعات والمضاربة والشَّرِكةِ والخَلْطِ والاستِدانةِ على المضاربة، وقد مرَّ الوجه فيه.

والثاني: أن يقول له: اعمَلْ برأيك، فيجوزُ له ما ذكرناه من التصرُّفات والمضاربةِ والشركةِ والخَلْط، لأن ذٰلك مما يفعلُه التجار، وليس لـه الإقراض والتبرُّعاتُ، لأنه ليس من التجارةِ فلا يتناوله الأمرُ.

والخاصّة ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يخُصَّه ببلدٍ فيقول: على أن تعملَ بالكوفة أو بالبَصْرة.

والثاني: أن يخُصَّه بشخصٍ بعينهِ، بأن يقول: على أن تبيعَ من فلانٍ وتشتري منه، فلا يجوز التصرُّف مع غيرِه لأنه قيدٌ مفيدٌ لجواز وُثُوقِه به في المعاملات.

الثالث: أن يخُصَّه بنوعٍ من أنواع التجارات، بأن يقول له: على أن تعمَلَ به مضاربةً في البَزِّ، أو في الطعام، أو في الصَّرْف ونحوِه، وفي

وإن وَقَّتَ لها وَقْتاً بَطَلَت بمُضِيِّهِ. وليسَ له أن يُزَوِّجَ عبداً ولا أَمَةً من مالِ المُضارَبةِ، ولا يشتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ على رَبِّ المالِ، فإن فَعَلَ ضَمِنَ،

كلِّ ذٰلك يتقيدُ بأمرِه، ولا يجوز له مخالفتُه لأنه تقييد مفيد، وقد مرَّ الوجه فيه، ولو قال: على أن تعملَ بسُوق الكُوفة، فعمِلَ في موضعٍ آخر منها جاز، لأن أماكن المِصر كلَّها سواء في السِّعر والنَّقْدِ والأمْن، ولو قال: لا تعملْ إلا في السوق، فعَمِل في غيرِه ضَمِنَ، لأنه صرَّح بالنهي، ولو دَفَع المالَ مضاربةً في الكوفة على أن يشتري من أهلها فاشترى من غيرِهم فيها جازَ، لأن المقصودَ المكانُ عرفاً، وكذلك لو دفعه مضاربةً في الصَّرْف على أن يشتري من الصَّيَارِفة ويبيعَهم فاشترى من غيرِهم جاز، لأن المُرادَ النوعُ عرفاً.

قال: (**وإن وَقَّتَ لها وَقْتاً بَطَلَت بمُضِيِّهِ**) لأن التوقيت مقيَّدٌ[1]، وهو وكيلٌ فيتقيَّدُ بما وقَّتَه، كالتقييد بالنوع والبلد.

قال: (**وليسَ له أن يُزَوِّجَ عبداً ولا أَمَةً من مالِ المُضارَبةِ**) وهو على الخلاف الذي مرَّ في المأذون.

قال: (**ولا يشتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ على رَبِّ المالِ**) لأنه يَعتِقُ عليه فتبطُلُ المضارَبةُ، وهو إنما وكَّله بالتصرُّف في المال لا بإبطال العقد.

(**فإن فَعَلَ ضَمِنَ**) معناه صار مشترِياً لنفسِه، فيضمَنُ الثمنَ، كالوكيلِ بالشراء إذا خالف.

---

(١) تصحف في (س) إلى: مفيد، والمثبت من (م).

ولا مَنْ يَعْتِقُ عليه إن كانَ في المالِ رِبْحٌ، فإن لم يكُن في المالِ رِبْحٌ فاشتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عليه صحَّ البيعُ، فإن رَبحَ عَتَقَ نَصِيبُهُ وسعَى العَبْدُ في قِيمَةِ نَصِيبِ رَبِّ المالِ، فلو دَفَعَ إليه المالَ مُضارَبةً وقال: ما رَزَقَ اللهُ بيننا نِصْفانِ وأذِنَ له في الدَّفعِ مُضارَبةً، فدَفَعَ إلى آخَرَ بالثُّلُثِ فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ بالشَّرْطِ، والسُّدُسُ للأوَّلِ، والثُّلُث للثَّاني، ....

قال: (**ولا مَنْ يَعْتِقُ عليه إن كانَ في المالِ رِبْحٌ**) لأنه يملِكُ نصيبَه، فيعتِقُ عليه، فيفسُدُ الباقي، أو يعتِقُ فيمتنع التصرُّف فيه، فإن اشتراه كان مشترِياً لنفسِه فيضمنُ الثمن لأنه أدَّاه من مال الغير.

قال: (**فإن لم يكُن في المالِ رِبْحٌ فاشتَرَى مَنْ يعتِقُ عليه صحَّ البيع**) لعدم المانع. (**فإن رَبِحَ عَتَقَ نَصِيبُهُ**) لأنه ملَكَ قريبَه، ولا ضمانَ عليه، لأنه عَتَقَ بالربح لا بصُنْعِه.

(**وسعَى العَبْدُ في قِيمَةِ نَصِيبِ رَبِّ المالِ**) لأن ماليَّته صارت محبوسةً عندَه فيسعى، كالعبد الموروُث إذا عَتَقَ على أحدِ الوَرَثة يسعى في نصيبِ الباقين.

(**فلو دَفَعَ إليه المالَ مُضارَبةً وقال: ما رَزَقَ اللهُ بيننا نِصْفانِ، وأذِنَ له في الدَّفعِ مُضارَبةً، فدَفَعَ إلى آخَرَ بالثُّلُثِ، فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ بالشَّرْطِ، والسُّدُسُ للأوَّلِ، والثُّلُث للثَّاني**) لأنه لما شَرَط ربُّ المال لنفسِه النصفَ بقي النصفُ للمضارِب، فلما شَرَط الثُّلُثَ للثاني انصرَفَ تصرُّفه إلى نصيبِه، فيبقى له السدسُ ويطيب له، كأجير الخيَّاط.

وإن دَفَعَ الأوَّلُ إلى الثَّاني بالنِّصْفِ فلا شَيءَ له، وإن دَفَعَه على أنَّ لِلثَّاني الثُّلُثَينِ ضَمِنَ الأوَّلُ للثّاني قَدْرَ سُدُسِ الرِّبْحِ. ولو قالَ: ما رزَقَكَ اللهُ فَلِي نِصْفُه، فما شَرَطَه للثَّاني فهو له، والباقي بينَ رَبِّ المالِ والمُضارِبِ الأوَّلِ نِصْفانِ. . . . .

(**وإن دَفَعَ الأوَّلُ إلى الثَّاني بالنِّصْفِ فلا شَيءَ له**) لأنه جعل نصفَه للثاني، فلم يَبْقَ له شيء، كمن استأجرَه لخياطةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فاستأجرَ غيرَه ليَخِيطَه بدرهمٍ.

(**وإن دَفَعَه على أنَّ لِلثَّاني الثُّلُثَينِ ضَمِنَ الأوَّلُ للثَّاني قَدْرَ سُدُسِ الرِّبْحِ**) لأنه ضَمِن للثاني ثلُثي الرِّبح، وبعضُه وهو النصفُ ملكُه، وبعضُه وهو السُّدُس ملْكُ ربِّ المال، فلا ينفُذُ لأنه إبطالُ ملكِ الغير، لٰكنَّ التسميةَ صحيحةٌ لكونها معلومةً في عقد يملِكُه، وقد ضَمِنَ له السلامةَ فيلزَمُه الوفاءُ، وصار كمن استأجَرَ خيَّاطاً لخِياطةِ ثوبٍ بدرهمٍ فاستأجر، الخياطُ غيرَه ليَخِيطَه بدرهمٍ ونصفٍ.

(**ولو قالَ: ما رزَقَكَ اللهُ فَلِي نِصْفُه، فما شَرَطَه للثَّاني فهو له**) عملاً بالشرط، لأنه مَلَكَه من جهة ربِّ المال.

(**والباقي بينَ رَبِّ المالِ والمُضارِبِ الأوَّلِ نِصْفانِ**) لأن ربَّ المال جَعَل لنفسِه نصفَ ما رَزَقَه الله، وإنما رَزَقَه نصفَ الربح، فيكون بينهما نصفان، وكذٰلك إذا قال: ما رَبِحتَ أو كَسَبْتَ أو رُزِقْتَ أو ما كان لكَ فيه من فَضْلٍ أو ربحٍ فهو بيننا نصفان، فإنه ينطلقُ إلى ما بعدَ ما شَرَط للثاني لما بينا.

ولو قال: على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ بينَنا نِصْفانِ فدَفَعَه إلى آخَرَ بالنِّصْفِ فدَفَعَه الثَّاني إلى ثالث بالثُّلُثِ، فالنِّصْفُ لِرَبّ المالِ، وللثَّالِثِ الثُّلُثُ، وللثَّاني السُّدُسُ، ولا شيءَ لِلأَوَّلِ.

(**ولو قال: على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ بينَنا نِصْفانِ فدَفَعَه إلى آخَرَ بالنِّصْفِ، فدَفَعَه الثَّاني إلى ثالثٍ بالثُّلُثِ، فالنِّصْفُ لِرَبِّ المالِ، وللثَّالِثِ الثُّلُثُ، وللثَّاني السُّدُسُ، ولا شيءَ لِلأَوَّلِ**) لأنه لما شَرَط النصفَ للثاني انصَرَف إلى نصيبه لما بينا، فلم يَبْقَ له شيءٌ، والباقي على ما شَرَطاه لما بينا.

وإذا لم يُؤذَنْ للمضارِب في الدفع مضاربةً، فدفعه إلى غيرِه مضاربةً، ضَمِن عند زفر لوجود المخالفة، وقالا: لا يضمَنُ ما لم يعمل، لأن الدفع لا يتقرَّرُ مضاربةً إلا بالعمل، وقال أبو حنيفة: لا يضمنُ ما لم يربح، لما بينا في أوّل الباب أن الدفع قبل العمل أمانةٌ، وبعدَ العمل مباضَعَةٌ، وهو يملك ذٰلك، فإذا رَبِح صار شريكاً في المال فيضمَنُ، كما إذا خَلَطَ بمالٍ آخرَ، ولا ضمانَ على الثاني، لأن فِعْله يضافُ إلى الأوّل، لأنه هو الذي أثبت له ولايةَ التصرُّف، فإن استهلَكَه الثاني فالضَّمانُ عليه خاصةً، وعندهما يضمنُ الثاني، وهو نظيرُ مُودع المُودَع، والأشهرُ أنه يخيَّر هنا، فيضمن أيَّهما شاء، الأولُ لما بينا، والثاني لإبطاله حقَّ ربِّ المال، فكان متعدِّياً في حقِّه، ولو كانت المضاربةُ فاسدةً لا ضمانَ عليه، لأن الثاني أجيرٌ فيه، وله أجرُ مثلِه، فلا يكون شريكاً.

ولو دفع المالَ إلى رجلين مضاربةً بالنصف، وقال: اعملا برأيكُما، أو لم يقلْ، فليس لأحدِهما أن ينفردَ، لأن التجارةَ يُحتاج فيها إلى

الرأي، فإن عَمِل أحدُهما بنصف المال بغير أمرِ صاحبه ضَمِنَ النصفَ، وإن عمل بأمرِ الآخرِ لم يضمن، لأنه كالوكيل عنه، وما رَبِح نصفُه لربِّ المال ونصفُه بينهما نصفان.

فصل

ونفقةُ المضارِب في مال المضارَبَةِ ما دام في سفرِه حتى يعودَ إلى مِصْرِه، وإن كان ما دون مُدَّةِ السفر إذا كان لا يَبِيتُ بأهلِه، وإن كان يبيتُ فلا نفقةَ له، وكذا لا نفقةَ له ما دام في مصرِه، لأن النفقة جزاءُ الاحتباس، فإذا كان مِصرِه لا يكون محتبساً في المضاربةِ، وفي السفر يكونُ محتبساً فيها، وإذا اتخذَ مِصراً آخرَ داراً، أو تزوَّج به فهو كمِصرِه.

ونفقتُه في الحاجة الدَّارَّة كالطعامِ والشرابِ والكِسْوة وفِراش النوم ودابَّة الرُّكوب وعَلَفِها ومَن يطبُخُ له ويغسِلُ ثيابَه وأُجرةِ الحمَّام ودُهنِ السِّراجِ والحَطَبِ. وتجبُ نفقةُ مثلِه بالمعروف ونفقةُ غِلْمانِه ودوابِّه الذين يعمَلون معه في المال.

وتُحتَسَبُ النفقة من الربح، فإن لم يكن فمِن رأس المال. ولو أنفقَ من مال نفسِه أو استدانَ لنفقتِه رَجَعَ في مال المضارَبَة.

ولو ضارَبَ لرجلين فنفقتُه على قَدْر المالين، ولو كان أحدُ المالين بضاعةً فالجميعُ على المضارَبَةِ، لأن السفر واقعٌ لها، ولو كانت المضاربةُ فاسدةً لا نفقةَ للمضارِبِ لأنه أجيرٌ، ونفقة الأجير على نفسِه.

قال: (**وتَبطُلُ المُضارَبةُ: بمَوتِ المُضارِبِ وبمَوتِ رَبّ المالِ**) لأنها وكالةٌ وأنها تبطُلُ بالموت لما مرّ.

وبرِدَّةِ رَبِّ المالِ، ولَحاقِه مُرتَدّاً، ولا تَبطُلُ برِدَّةِ المُضارِبِ، ولا يَنعَزِلُ بعَزلِه ما لم يَعلَمْ، فلو باعَ واشتَرَى بعدَ العَزْلِ قَبْلَ العِلْمِ نَفَذ، فإن عَلِم بالعَزْلِ والمالُ من جِنْسِ رأسِ المالِ لم يَجُزْ له أن يَتَصَرَّفَ فيه، وإن كان خِلافَ جِنسِه فله أن يَبِيعَه حتَّى يَصِيرَ مِن جِنْسِه، فإذا افتَرَقا وفي المالِ دُيُون وليسَ فيه رِبْحٌ وَكَّلَ رَبَّ المالِ على اقتِضائِها، . . . .

قال: (وبرِدَّةِ رَبِّ المالِ، ولَحاقِه مُرتَدّاً) لأنه موتٌ حُكْماً على ما عُرِف. (ولا تَبطُلُ برِدَّةِ المُضارِبِ) لأن مُلْكَ ربِّ المال باقٍ، وعبارةُ المرتدِّ معتَبَرةٌ.

قال: (ولا يَنعَزِلُ بعَزلِه[1] ما لم يَعلَمْ) كالوكيل.

(فلو باعَ واشتَرَى بعدَ العَزْلِ قَبْلَ العِلْمِ نَفَذ) لبقاء الوكالة.

(فإن عَلِم بالعَزْلِ والمالُ من جِنْسِ رأسِ المالِ لم يَجُزْ له أن يَتَصَرَّفَ فيه) لأنه صارَ أجنبياً بالعَزْل، ولا ضَرَرَ عليه في ذٰلك.

(وإن كان خِلافَ جِنسِه فله أن يَبِيعَه حتَّى يَصِيرَ مِن جِنْسِه) لأن له حقّاً في الربح، وهو إنما يظهرُ إذا عَلِمَ رأسَ المال، وإنما يعلَمُ إذا نضَّ، وإنما ينضُّ بالبيع، فإذا نَضَّ لا يتصرَّفُ فيه. وموتُ أحدهما ولَحاقُه بدار الحرب كالعَزْل.

قال: (فإذا افتَرَقا وفي المالِ دُيُون وليسَ فيه رِبْحٌ وَكَّلَ رَبَّ المالِ على اقتِضائِها) لأنه وكيلٌ متبرِّعٌ بالعمل، فلا يلزَمُه الاقتضاء، إلا أنه لمّا كان عاقداً والحقوقُ ترجعُ إليه فلا بدَّ من وكالتِه.

---

(١) في (س): بالعزل، والمثبت من (م).

وإن كان فيه رِبْحٌ أُجْبِرَ على اقتِضائها، وما هَلَكَ مِن مالِ المُضارَبةِ فمِنَ الرِّبْحِ، فإن زَادَ فمِنْ رأسِ المالِ.

(**وإن كان فيه رِبْحٌ أُجْبِرَ على اقتِضائها**) لأن الربحَ بمنزلةِ الأُجرةِ، فكان أجيراً، فيجبُ عليه تمامُ العمل.

قال: (**وما هَلَكَ مِن مالِ المُضارَبةِ فمِنَ الرِّبْحِ**) لأنه تَبَعٌ كالعفو في باب الزكاة.

(**فإن زَادَ فمِنْ رأسِ المالِ**) لأن المضارِبَ أمينٌ. فلا ضمانَ عليه، فإن اقتَسَما الربحَ والمضاربةُ بحالها، ثم هلَكَ المالُ أو بعضُه، رَجَع في الربحِ حتى يُستوفَى رأسُ المال، لأن الربح فَضْلٌ على رأس المال، ولا يُعرَفُ الفضل إلا بعدَ سلامة رأسِ المال، فلا يصحُّ قسمتُه، فينصرفُ الهلاكُ إليه لما بينا، ويُبدأ أوّلاً برأس المال، ثم بالنفقة، ثم بالربح، الأهمِّ فالأهمِّ.

فلو فَسَخا المضاربةَ ثم اقتَسَما الربحَ ثم عَقَدا المضاربةَ، فهلك رأسُ المال لم يترادَّا الربحَ، لأن هٰذه مضاربةٌ جديدة، والأُولى قد انتهت، فانتهى حُكمُها.

ولو مرَّ المضارِبُ على السلطان فأخَذَ منه شيئاً كُرْهاً، لا ضمانَ عليه، وإن دَفَع إليه شيئاً ليكُفَّ عنه ضَمِن، لأنه ليس من أُمور التجارة، وكذٰلك إذا أراد العاشرُ أن يأخذَ منه العُشْرَ فصالحه المضارِبُ بشيءٍ من المال حتى كَفَّ عنه ضَمِن.



كتاب الوَدِيعة

. . . .

كتاب الوَدِيعة

وهي مشتقَّةٌ من الوَدَع، وهو التَّرْكُ، يقال: دَعْ هٰذا، أي: اترُكْه. ومنه المُوادَعَةُ في الحرب، أي: أن يتركَ كلٌّ واحدٍ من الفريقين الحربَ، وقال عليه السلام: «لينتهينَّ قومٌ عن وَدَعِهمُ الجَماعاتِ أو ليُختَمنَّ على قُلوبِهم ثُمَّ ليُكتَبُنَّ من الغافلينَ»[1]، أي: تَرْكهم الجماعات. ومنه الوَدَاعُ، لأن كلَّ واحد منهما يترُكُ صاحبَه ويفارقُه.

أو هي من الحِفْظ، قال عليه السلام في حديث وَدَاع المسافِر: «أستَودِعُ اللهَ دينَك وأمانَتَك»[2] أي: أستَحْفِظُ الله، أي: أطلبُ منه

---

(١) أخرجه مسلم (٨٦٥) من طريق معاوية بن سلّام، عن زيد، عن أبي سلام، عن الحكم بن ميناء، عن عبد الله بن عمر وأبي هريرة. فذكره.

وأخرجه أحمد في «مسنده» (٢١٣٢)، وابن حبان في «صحيحه» (٢٧٨٥) من طريق يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام، عن الحكم بن ميناء، عن ابن عمر وابن عباس. فذكره. وانظر تمام تخريجه فيهما.

(٢) حديث صحيح، أخرجه من حديث ابن عمر ابن ماجه (٢٨٢٦)، والترمذي (٣٤٤٢) و(٣٤٤٣)، والنسائي في «الكبرى» (٨٧٥٤)، وهو في «المسند» (٢٦٩٣)، و«صحيح ابن حبان» (٢٦٩٣)، و(٤٥٢٤). =

حفْظَهما، فكأن الوديعةَ تُتْرَكُ عند المُودَع للحِفظ، ولهٰذا لا يودَعُ عادةً إلا عند من يُعرَفُ بالأمانة والدِّيانة.

وهي عقدٌ مشروعٌ أمانةٌ لا غرامةٌ، قال عليه السلام: «ليس على المستودَع غيرِ المُغلِّ ضمانٌ، ولا على المُستعيرِ غيرِ المُغلِّ ضَمانٌ»[1].

ويجب حفظُها على المودَع إذا قَبِلها، لأنه التَزَم الحفظَ بالعقد.

= وله شاهد من حديث عبد الله بن يزيد الخطمي، أخرجه أبو داود (٢٦٠١) عن الحسن بن علي أبي علي الخلال، عن يحيى بن إسحاق السَّيْلحيني، عن حماد بن سلمة، عن أبي جعفر الخطمي، عن محمد بن كعب القرظي، عنه، وهٰذا إسناد صحيح.

وانظر حديث أبي هريرة في «المسند» (٨٦٩٤) وهو حديث صحيح لغيره. وانظر تمام تخريجه فيه.

(١) أخرجه الدارقطني (٢٩٦١/ ٢)، والبيهقي ٦/ ٩١ من طريق علي بن حرب، عن عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ. فذكره وإسناده ضعيف لضعف عمرو بن عبد الجبار وعبيدة. قاله الدارقطني.

وأخرجه من قول شريح عبد الرزاق (١٤٧٨٢) والدارقطني (٢٩٦١/ ٤)، والبيهقي ٦/ ٩١. قال البيهقي: هٰذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله. وقال الدارقطني: وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

ومن أحاديث الباب، ما أخرجه ابن ماجه (٢٤٠١) من طريق أيوب بن سويد، عن المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «من أُودع وديعة، فلا ضمان عليه». وإسناده ضعيف لضعف أيوب وشيخه.

وهي أمانَةٌ، إذا هَلَكَتْ من غيرِ تَعَدٍّ لم يَضمَنْ، وله أن يَحفَظَها بنفسِه، ومَن في عِيالِه وإن نَهَاه، . . . .

والوديعةُ تارةً تكون بصريح الإيجاب والقَبول، وتارةً بالدِّلالة، فالصريحُ قوله: أودَعْتُك، وقولُ الآخر: قَبِلْتُ، ولا يتمُّ في حقّ الحِفْظ إلا بذٰلك، ويتمُّ بالإيجاب وحدَه في حقِّ الأمانة، حتى لو قال للغاصب: أودعتُك المغصوبَ بَرِئَ عن الضمان وإن لم يَقْبَل، لأن صَيرورةَ المال أمانةً حُكمٌ يلزَمُ صاحبَ المال لا غير، فيثبُتُ به وحدَه، فأما وجوبُ الحِفظ فيلزَمُ المودَع، فلا بدَّ من قَبوله، والدِّلالةُ إذا وَضَع عندَه متاعاً ولم يقُلْ شيئاً، أو قال: هٰذا وديعةٌ عندَكَ، وسَكَتَ الآخرُ صار مودَعاً، حتى لو غابَ المالكُ ثم غاب الآخرُ فضاع ضَمِنَ، لأنه إيداعٌ وقَبولٌ عرفاً.

قال: (**وهي أمانَةٌ، إذا هَلَكَتْ من غيرِ تَعَدٍّ لم يَضمَنْ**) لأنه لو وَجَبَ الضمانُ، لامتَنَعَ الناسُ من قَبولها، وفيه من الفساد ما لا يخفَى، ولما روينا من الحديث.

قال: (**وله أن يَحفَظَها بنَفسِه، ومَن في عِيالِه وإن نَهَاه**) لأنه التزَمَ أن يحفَظَها بما يحفظُ به مالَه، وذٰلك بالحِرْز وباليد. أما الحِرْزُ فدارُه ومنزلُه وحانوتُه، سواء كان مُلكاً له أو إجارةً أو عاريَّةً. وأما اليدُ فيدُه وزوجتُه وأَمَتُه وعبدُه وأجيرُه الخاصُّ وولدُه الكبير إن كان في عيالِه على ما مرَّ في الرَّهْن، ولأن المُودِع رضيَ بذٰلك، لأنه يعلم أن المودَع لا بدَّ له من الخروج لمَعَاشِه وأداءِ فرائضه، ولا يمكنُه

وليسَ له أن يَحفَظَها بغَيرِهم إلاَّ أن يَخافَ الحَريقَ فيُسَلِّمَها إلى جارِه، أو الغَرَقَ فيُلْقِيها إلى سَفينَةٍ أُخرَى، فإن خَلَطَها بِغَيرِها حتَّى لا تَتَمَيَّزَ ضَمِنَها،

استصحابُ الوديعة معه، فيتركها في منزلِه عند مَن في عيالِه، فلم يكن له بدٌّ من ذٰلك، ولهٰذا لا يصحُّ نهيُه ولو قال: لا تدفَعْها إلى شخصٍ عيَّنَه من عيالِه ممن لا بدَّ له منه، فإن لم يكن له عيالٌ سواه لم يضمنْ، وإن كان له سِواه يضمنُ، لأن من العيال مَن لا يُؤتَمَنُ على المال.

قال: (**وليسَ له أن يَحفَظَها بغَيرِهم**) لأنه ما رضي بحِفظِ غيرهم، فإن الناسَ يتفاوتون في الأمانات، وصار كالوَكيل والمضارِب ليس له أن يوكِّل ولا يُضارِب لما تقدّم أن الشيءَ لا يتضمَّنُ غيرَه[1].

قال: (**إلاَّ أن يَخافَ الحَريقَ فيُسَلِّمَها إلى جارِه، أو الغَرَقَ فيُلْقِيها إلى سَفينَةٍ أُخرَى**) لأن الحفظَ تعيَّن بذٰلك، لـٰكن لا يُصدَّق عليه إلا ببيِّنةٍ، لأنه يدَّعي سبباً لإسقاط الضَّمان، فيحتاجُ إلى بيِّنةٍ.

قال: (**فإن خَلَطَها بِغَيرِها حتَّى لا تَتَمَيَّزَ ضَمِنَها**) عند أبي حنيفةَ، ثم لا سبيلَ للمودِع عليها.

والخلط على وجوه:

أحدها: الجِنسُ بالجِنسِ، كالحِنْطة بالحِنْطة، والشعيرِ بالشعيرِ، والدراهمِ البِيضِ بالبيض، والسودِ بالسودِ.

والثاني: خَلْطُ الجِنس بغيرِه كالحِنطة بالشعيرِ، والخَلِّ بالزيت ونحوهما.

---

(١) في (م): مثله، والمثبت من (س).

وكذا إن أنفَقَ بعَضَها ثُمَّ رَدَّ عِوَضَه وخَلَطَه بالباقِي، وإنِ اختَلَط بِغَيرِ صُنعِه فهو شَرِيكٌ، . . . .

والثالث: خلطُ المائِـع بجنسِه. فعند أبي حنيفة: هو استهلاكٌ في الوجوه كلِّها، فيضمَنُها وينقطعُ حقُّ المودعِ عنها، وعندهما كذٰلك في الوجه الثاني، لأنه استهلاكٌ صورةً ومعنىً، والأوّل عندهما إن شاء شاركَه فيها، وإن شاء ضمَّنه، لأنه إن تعذَّر أخذُ عينِ حقِّه لم يتعذّرِ المعنى، فكان استهلاكاً من وجهٍ دون وجهٍ، فيختارُ أيَّهما شاء، وأما الثالث فعند أبي يوسف: يُجعلُ الأقلُّ تَبَعاً للأكثر اعتباراً للغالب. وعند محمد: هو شركةٌ بينهما بكلِّ حالٍ، لأن الجنس لا يغلِبُ الجنسَ عندَه على ما عُرف من أصله في الرَّضاع، وخَلْطُ الدراهم بالدراهمِ والدنانيرِ بالدنانيرِ إذابةً[1] من الوجه الثالث، لأنه يصيرُ مائعاً بالإذابة. وجهُ قول أبي حنيفةَ أنه استهلاكٌ من كلِّ وجهٍ، لتعذُّر وصولِه إلى عين حقِّه، والقِسمةُ مترتِّبةٌ على الشَّرِكة، فلا تكون موجبةً لها، فلو أبرَأَ المودِع الخالطَ بَرِئَ أصلاً، وعندهما يَبرَأُ من الضمان فتتعين الشركةُ في المخلوط.

(وكذا إن أنفَقَ بعَضَها، ثُمَّ رَدَّ عِوَضَه وخَلَطَه بالباقِي) فهو استهلاكٌ على الوجه الذي بينا.

قال: **(وإنِ اختَلَط بِغَيرِ صُنعِه فهو شَرِيكٌ)** بالاتفاق، لأنه لا صُنْعَ له فيه، فلا ضمانَ عليه، فتعين الشركةُ.

---

(١) أي: إذابةً بالنار، والمعنى: أنه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه، ودنانير غيره مع دنانيره.

ولو تَعَدَّى فيها بالرُّكُوبِ واللُّبْسِ والاستِخدَامِ أو أوْدَعَها ثُمَّ أزالَ التَّعَدّي لم يَضمَنْ. ولو أودَعَها فهَلَكَتْ عند الثَّاني فالضَّمانُ على الأوَّل (سم) فإن طَلَبها صاحِبُها فجَحَدَهَا ثُمَّ عادَ اعتَرَفَ ضَمِنَ. . . . .

قال: (**ولو تَعَدَّى فيها بالرُّكُوبِ واللُّبْسِ والاستِخدَامِ أو أوْدَعَها ثُمَّ أزالَ التَّعَدّي لم يَضمَنْ**) لزوال الموجِبِ للضمان، ويدُ الأمانةِ باقيةٌ بإطلاق الأمرِ الأوّل، لأنه لم يرتفع من جهةِ صاحبِ الحقِّ، لكن ارتفَعَ حُكمُه لوجود ما يُنافيه، ثم زال المُنافي فعاد حُكم الأمر الأوّل.

(**ولو أودَعَها فهَلَكَتْ عند الثَّاني فالضَّمانُ على الأوَّل**). وقالا: يُضَمِّنُ أيَّهما شاء، لأن الأوّل خالَفَ لما بينا، والثاني تعدَّى حيثُ قَبَضَ ملكَ غيرِه بغير أمرِه، فإن ضَمَّنَ الأوّلَ لا يرجِعُ على الثاني، لأنه مَلَكَه بالضمان مستنِداً فيكون مودِعاً مُلْكَه، وإن ضَمَّنَ الثاني رَجَعَ على الأوّل، لأنه إنما لَحِقَه ذلك بسببه. ولأبي حنيفةَ: أن التفريط إنما جرى من الأوّل، لأن مجرَّدَ الدفع لا يُوجبُ الضمانَ، حتى لو هَلَكَتْ والأوّلُ حاضرٌ لا يضمَنُ، فإذا غاب الأوّلُ فقد تَرَكَ الحفظ فيضمَنُ، والثاني لم يَتْرُكْ.

قال: (**فإن طَلَبها صاحِبُها فجَحَدَهَا ثُمَّ عادَ اعتَرَفَ ضَمِنَ**) لأن بالطلب ارتَفَع عقدُ الوديعةِ فصار غاصباً بعدَه، وبالاعتراف بعدَ ذلك لم يوجدِ الردُّ إلى نائب المالك، بخلاف مسألة المخالَفة ثم الموافَقة، لأن يدَ الوديعة لم ترتفع، فوُجد الردُّ إلى يدِ النائب، ولو جَحَدها عند غيرِ المالك لم يَضمَنْ. وقال زفر: يَضمَنُ لأنه جَحَد الوديعةَ. ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قَطْع الأطماع عنها، ولأنه ربما يَخافُ عليها

وللمُودَعِ أن يُسافِرَ بالودِيعَةِ وإنْ كان لها حَمْلٌ ومَؤُونَةٌ ما لم يَنْهَه إذا كان الطَّرِيقُ آمِناً، ولو أودَعا عندَ رَجُلٍ مَكِيلاً أو مَوزُوناً ثُمَّ حَضَرَ أحدُهُما يَطلُبُ نَصِيبَه لم يُؤْمَر بالدَّفعِ إليه ما لم يَحْضُرِ الآخَرُ. . . . .

ممن جَحَدَها عنده، وهٰذا المعنى معدوم إذا جَحَدها عند المالك، فإن جَحَدها ثم جاء بها، فقال له صاحبها: دَعْها وديعةً عندكَ فهلَكَتْ، فإن أمكَنَه أخذُها فلم يأخذها لم يَضمَنْ، لأنه إيداعٌ جديد، كأنه أخذَها ثم أودَعَها، وإن لم يُمكِنْه أخذُها ضَمِنَ لأنه لم يتمَّ الردُّ.

قال: (**وللمُودَعِ أن يُسافِرَ بالودِيعَةِ وإنْ كان لها حَمْلٌ ومَؤُونَةٌ ما لم يَنْهَه إذا كان الطَّرِيقُ آمِناً**) لإطلاق الأمر، والغالبُ السلامةُ إذا كان الطريق آمناً، ولهٰذا يملكه الوصيُّ والأبُ، بخلاف الرُّكوب في البحر، لأن الغالبَ فيه العَطَبُ. وقالا: ليس له ذٰلك إذا كان له حَمْلٌ ومؤونةٌ، لأن الظاهرَ عدمُ الرضا لما يلزَمُه من مؤونة الحَمْل. قلنا: يلزَمُه ذٰلك ضرورةَ امتثالِ أمرِه، فلا اعتبارَ به سِيَّما إذا كان من أهل العمود[1]، ولا بدَّ له من رحلةِ الشتاء والصيف.

قال: (**ولو أودَعا عندَ رَجُلٍ مَكِيلاً أو مَوزُوناً ثُمَّ حَضَرَ أحدُهُما يَطلُبُ نَصِيبَه لم يُؤْمَر بالدَّفعِ إليه ما لم يَحْضُرِ الآخَرُ**) وقالا: يدفع إليه نصيبَه لأنه سلَّمه إليه، فيؤمَرُ بالدفع إليه عند الطلب، لأنه مِلْكُه، حتى كان له أخْذُه كالدَّين المشتَرَكِ، وله أن نصيبَه في المشاع ولا يمكن

---

(١) أي: الذين يسكنون بيوت الشعر (أهل الخيمة) الذين يتنقلون من مكان لآخر طلباً للكلأ والماء.

قال المُودَعُ: أمَرْتَنِي أن أدفعَها إلى فُلانٍ وكَذَّبَه المالكُ ضَمِنَ، إلاَّ أن يقِيمَ البَيِّنَةَ على ذٰلك، أو يَنْكُلَ المَالِكُ عنِ اليَمِينِ. ولو أوْدَعَ عند رَجُلَينِ شَيئاً مِمَّا يُقْسَمُ اقتَسَماه، وحَفِظَ كُلٌّ منهما نِصْفَه، وإن كانَ مما لا يُقْسَمُ حَفِظَه أَحَدُهُما بِأمرِ الآخَرِ. ....

دفعُه إليه، لأن الدفعَ يقعُ في المعيَّن وهو غير المَشَاع، وإذا لم يمكن دفعُه إليه كيف يُؤمَر به؟! وولايةُ الأخذ لا تقتضي جوازَ الدفع، ألا ترى أن المَدْيون لو كان له وديعةٌ عند رجلٍ من جنس الدَّين فَلِرَبِّ الدَّين أخذُها، ولا يجوز للمودَعِ الدفعُ إليه. وأما الدين المشتَرَك فلأنه يؤدِّيه المديونُ من مالِ نفسِه لما عُرف، ولا اعتبارَ بضَرر الحاضِر لأنه لَحِقَه بصُنعِه حيث أودَعَه مَشَاعاً، وغيرُ المَكيل والموزون لا يُدفَع إليه نصيبُه بالإجماع. وذكر محمد الخلافَ مطلقاً، والأوّل أصحُّ، لأنه لو كان في يد أحدِهما وغابَ فليس للحاضِرِ أخذُ نصيبِه، فمن المُودَع أولى.

(**قال المُودَعُ: أمَرْتَنِي أن أدفعَها إلى فُلانٍ وكَذَّبَه المالكُ ضَمِنَ، إلاَّ أن يقِيمَ البَيِّنَةَ على ذٰلك، أو يَنْكُلَ المَالِكُ عنِ اليَمِينِ**) لأنهما تصادَقا على الدفع وتجاحدا في الإذْن، فيَضمَنُ بالدفع إلا بحُجَّةٍ.

قال: (**ولو أوْدَعَ عند رَجُلَينِ شَيئاً مِمَّا يُقْسَمُ اقتَسَماه، وحَفِظَ كُلٌّ منهما نِصْفَه، وإن كانَ مما لا يُقْسَمُ حَفِظَه أَحَدُهُما بِأمرِ الآخَرِ**) وقالا: لأحدِهما أن يحفَظَه بأمر الآخرِ في المسألتين، لأنه رضي بأمانَتِهما، فكان لأحدِهما أن يسلِّمها إلى الآخر كالمسألة الثانية، وله أن الدافع أودَعَ نصفَه بغير أمرِ المُودِع فيَضْمَنُه، وهٰذا لأنه إنما رضي بأمانَتِهما،

ولو قال له: احفَظْها في هٰذا البيتِ فحَفِظَها في بَيتٍ آخَرَ في الدَّارِ لم يَضمَنْ، ولو خالَفَه في الدَّارِ ضَمِنَ، ولو رَدَّ الوَدِيعَةَ إلى دارِ مالِكِها ولم يُسَلِّمْها إليه ضَمِنَ. . . . .

فكان رِضاً بأمانة كلٍّ واحدٍ منهما في النصف، لأن إضافةَ الفعل إليهما تقتضي التبعيضَ كالتمليكات، إلا أنا جوَّزناه فيما لا يُقسَمُ ضرورةَ عدم التجزِّي وعدمِ إمكان اجتماعِهما عليها، ولأنه لمَّا لم يُمكِنْ قسمتُها ولا الاجتماعُ عليها دائماً كان راضياً بذٰلك دِلالةً، وعلى هٰذا الوكيلان والوصيَّان والمرتَهِنان والعَدْلان في الرَّهْن والمُسْتَبْضِعَانِ[1].

قال: (**ولو قال له: احفَظْها في هٰذا البيتِ، فحَفِظَها في بَيتٍ آخَرَ في الدَّارِ لم يَضمَنْ**) لعدم تفاوتِهما في الحِرْز إلا أن تكون داراً كبيرةً متباعدةَ الأطراف، والبيتُ الذي نهاه عنه عورةٌ، فإنه يضمنُ لأنه مقيدٌ[2].

قال: (**ولو خالَفَه في الدَّارِ ضَمِنَ**) لأن الدُّور تختلفُ في الحِرْز، فكان مقيداً[3].

قال: (**ولو رَدَّ الوَدِيعَةَ إلى دارِ مالِكِها ولم يُسَلِّمْها إليه ضَمِنَ**) لأن المالكَ ما رضي بدفعها إلى دارِه، ولا إلى مَن في عِيالِه ظاهراً، إذ لو رضي بهم لما أودَعَها.

---

(١) قال في «المصباح المنير»: البضاعة ـ بالكسر ـ: قطعة من المال تُعدُّ للتجارة، استبضعتُ الشيء: جعلته بضاعةً لنفسي، وأبضعته غيري ـ بالألف ـ: جعلته له بضاعة.

(٢) في (س): مفيد، والمثبت من (م).

(٣) في (س): مفيداً، والمثبت من (م).

ولو وضع الثيابَ في الحمَّام ولم يقُلْ شيئاً، ودخل الحمَّام ينظرُ إن كان في الحمَّام ثِيابيٌّ يحفظُ الثيابَ، فالضمانُ عليه دون الحمَّاميِّ لأنه استودَعَه دِلالةً، وإن لم يكن ضَمِنَ الحمَّاميُّ. ولو قال للحمَّاميِّ: أين أضعُ الثيابَ؟ فأشار إلى مكانٍ، يضمَنُ الحمَّاميُّ دون الثِّيابيِّ، لأن الحمَّاميَّ صار مودَعاً. ولو وَضَع الثيابَ بمَحضَرٍ من الحمَّاميِّ، فخرج آخرُ ولبسَها والحمَّاميُّ لا يدري أنها ثيابُه أم لا، يضمنُ الحماميُّ. وإن نام الحماميُّ فسُرِقت الثيابُ إن نامَ قاعداً لم يضمَنْ لأنه لم يترك الحِفْظَ، وإن نام مضطجعاً ضَمِنَ، والخانُ كالحمَّام، والدابةُ كالثِّياب، والخانيُّ كالحمَّامي.

قام واحدٌ من أهل المجلس وتَرَكَ كتابَه أو متاعَه، فالباقون مودَعون، حتى لو تركوه فهلَكَ ضَمِنوا، فإن قام واحدٌ بعد واحدٍ فالضمانُ على آخرِهم لأنه تعيَّن حافظاً.



كتاب اللقيط

. . . .

كتاب اللَّقِيط

وهو فَعيلٌ من اللَّقطِ والالتقاط بمعنى مفعول، ومعناه: العُثُور على الشيءِ مصادفةً من غير طَلَبٍ ولا قَصْدٍ. قال الراجز يصف ماء آجِناً[1]:

ومَنْهَــلٍ وَرَدْتُــه التقــاطــا

أخضرَ مثلَ الزيت لمَّا شاطا[2]

أي: وَرَدْتُه من غير طلبٍ ولا قَصْدٍ، شاطَ الزيتُ: إذا نَضِجَ حتى احترق، وكذلك اللَّقيطُ يوجَدُ من غير طلبٍ.

والتقاطُ صِغار بني آدمَ مفروضٌ إن علم أنه يهلِكُ إن لم يأخذْه، بأن كان في مَفَازةٍ أو بئرٍ أو مَسْبَعَة[3] دفعاً للهلاك عنه، فإن غَلَب على

---

(١) الماء الآجن: المتغير الطعم واللون.

(٢) الرجز لِنقادة الأسدي كما في «اللسان» (شيط) و(لقط) ٣/ ٣٣٨ و٣٦٧، وذكره الجوهري في «الصحاح» ٣/ ١١٣٩ غير منسوب، ووقع عندهما: أصفر مثل الزيت، بدل أخضر.

(٣) الأرض المسبعة: أي كثيرة السِّباع.

وهو حُرٌّ ونَفَقَتُه في بيت المالِ، ....

ظنِّه عدمُ الهلاك بأن كان في مصرٍ أو قريةٍ فأخذه مندوبٌ، لما فيه من السعي في إحياءِ نفسٍ محترمةٍ، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]. وعن عليٍّ رضي الله عنه أنه قال للملتقِطِ: «لأن أكون وَلِيتُ منه مثلَ الذي وليتَ أنتَ كان أحبَّ إليَّ من كذا وكذا»[١].

قال: (وهو حُرٌّ) تَبَعاً للدار، ولأن الأصل في بني آدمَ الحريَّةُ.

(ونَفَقَتُه في بيت المالِ) لما روي عن سُنين أبي جَميلةَ قال: وجدتُ منبوذاً على بابي ـ أي: لقيطاً ـ فأتيتُ عمر بنَ الخطاب فقال لي: عسى الغُويرُ أبْؤُساً، نفقتُهُ علينا وهُوَ حُرٌّ[٢]. وهٰذا مَثَلٌ يقال عند

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٥٨ وبيض له، ولم نقف عليه.

(٢) علقه البخاري في «صحيحه» في كتاب الشهادات ـ باب إذا زكى رجل رجلاً كفاه قبل الحديث رقم (٢٦٦٢) ولفظه: وقال أبو جميلة: وجدت منبوذاً، فلما رآني عمر قال: عسى الغويرُ أَبْؤُساً، كأنه يتهمني، قال عريفي: إنه رجل صالح، قال: كذاك. اذهب وعلينا نفقته.

ووصله مالك في «الموطأ» ٢/٧٣٨، والشافعي في «مسنده» ١/١٣٨، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٨٤٠) و(١٦١٨٢)، والطبراني في «الكبير» (٦٤٩٩)، والبيهقي في «السنن» ٦/٢٠١-٢٠٢ و٢٠٢ من طريق ابن شهاب عن سنين أبي جميلة أنه وجد منبوذاً... فذكره.

وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٦١٨٣) من طريق مالك، والطبراني في «الكبير» (٦٤٩٨) من طريق معمر، كلاهما عن الزهري: أن رجلاً جاء إلى أهله=

التُّهْمة[1]. قال ابن الأعرابي: إنما عرَّض عمرُ بالرجل، أي: لعلَّكَ صاحبَ اللقيط؟ يريد: أنك زنيتَ بأُمِّه وادَّعيته لقيطاً، فشهد له جماعةٌ بالخير فترَكَه.

قال: (ومِيراثُه لِبَيتِ المالِ، وجِنايَتُه عليه، ودِيَتُه له ووَلاؤُه) له، ليكون الغُرْمُ بالغُنْم، ولو قَتَل عمداً فإن شاء الإمامُ اقتَصَّ وإن شاء صالَحَ على الدِّيَة. وقال أبو يوسف: تجبُ الديةُ في مال القاتِل لا غير، لاحتمال الوليِّ، وهو الظاهرُ، إلا أنه غائبٌ فلا يُقتَصُّ دونَه. ولهما قوله عليه السلام: «السُّلطانُ وَليُّ مَنْ لا وَلِيَّ له»[2] لأن الوليَّ الذي لا

= وقد التقط منبوذاً، فذهب إلى عمر فذكره له، فقال عمر: عسى الغوير أبؤساً، فقال الرجل: ما التقط إلا وأنا غائب، وسأل عنه عمر، فأثنى عليه خيراً، فقال له عمر: فولاؤه لك ونفقته علينا من بيت المال.

قال الحافظ في «الفتح» ٥/ ٢٧٤: الغوير بالمعجمة: تصغير غار، وأَبْؤُساً: جمع بؤس وهو الشدة، وانتصب على أنه خبر عسى عند من يجيزه، أو بإضمار شيء تقديره: عسى أن يكون الغوير أبؤساً.

(١) وأصله كما قال الحافظ في «الفتح» ٥/ ٢٧٤-٢٧٥ نقلاً عن الأصمعي: أن ناساً دخلوا غاراً يبيتون فيه، فانهار عليهم فقتلهم، وقيل: وَجدَوا فيه عدواً لهم، فقتلهم، فقيل ذٰلك لكل من دخل في أمر لا يعرفُ عاقبته.

(٢) أخرجه من حديث عائشة أبو داود (٢٠٨٣) (٢٠٨٤)، وابن ماجه (١٨٧٩)، والترمذي (١١٠٢)، وهو في «المسند» (٢٤٢٠٥)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٧٤). وهو حديث صحيح.

وأخرجه من حديث ابن عباس ابن ماجه (١٨٨٠)، وهو في «المسند» (٢٢٦٠). وانظر تتمة شواهد الحديث عنده.

والمُلتَقِط أولى به من غَيرِه، وهو مُتَبَرِّعٌ في الإنفاقِ عليه إلاَّ أن يأْذَنَ له القاضِي بِشَرطِ الرُّجُوعِ. ....

يعرَف ولا يُنتفَعَ برأيه كالعَدَم، فلا اعتبارَ به، وليس له أن يعفو بالإجماع، لأن فيه إبطالَ حقِّ جماعةِ المسلمين. ويُحَدُّ قاذفُ اللقيط، ولا يُحدُّ قاذفُ أُمِّه، لأن في حِجْرِها ولداً لا يُعرَف أبوه، فكانت تهمةُ الزنى قائمةً كالمُلاعنة.

قال: (**والمُلتَقِط أولى به من غَيرِه**) لسَبْقِ يده عليه كالمُباحات، فإن سأل القاضي أن يَقْبَلَه، إن شاء قَبله وإن شاء لا، لاحتمال أنه ولدُه لينفقَ عليه من بيت المال، وكذلك إنْ عَلِم أنه لقيطٌ لأنه التزَمَ حِفْظَه وتربيتَه، وإن دفعه الملتقِطُ إلى آخرَ ليس له أن يستردَّه، لأنه رضي بإبطال حقِّه.

قال: (**وهو مُتبرِّعٌ في الإنفاقِ عليه**) لعَدَم الولاية (**إلاَّ أن يأْذَنَ له القاضِي بشَرطِ الرُّجُوعِ**) لعُموم وِلايتهِ، فإن أذِنَ له ولم يشرط الرجوعَ ذكر الطحاوي أنه يرجِعُ عليه بعد البلوغ، لأنه قَضَى حقّاً عليه واجباً بأمرِ القاضي، فصار كقضاءِ دَينهِ بأمرِه، والأصحُّ أنه لا يرجِعُ لأنه أمرَه بقضاء حقٍّ واجبٍ بغيرِ عِوَض، ترغيباً له في إتمام ما شَرَع فيه من التبرُّع، فصار كما إذا قال له: أدِّ عني زكاةَ مالي، فإنه لا يرجِعُ إلا بالشرط، بخلاف الدَّين لأنه وَجَبَ عليه بعِوَضٍ، ولو لم يأذن له القاضي، لكن صدَّقه اللقيطُ بعدَ بُلوغِه فله الرجوعُ عليه، لأنه اعترف بحقِّه.

ومَنِ ادَّعى أنَّه ابنُه ثَبَتَ نَسَبُه منه، وإنِ ادَّعاهُ اثنانِ معاً ثَبَتَ منهما، إلاَّ أن يَذكُرَ أحدُهُما علامَةً في جَسَدِه. والحرُّ والمُسلِمُ أولى مِنَ العَبْدِ والذّميّ، وإنِ ادَّعاهُ عَبْدٌ فهو ابنُه وهو حُرٌّ. وإنِ ادَّعاهُ ذِمِّيٌّ فهو ابْنُه وهو مُسْلِمٌ،

قال: (**ومَنِ ادَّعى أنَّه ابنُه ثَبَتَ نَسَبُه منه**) لما فيه من نَفْع الصغير، لأن الناس يتشرَّفون بالأنساب ويُعيَّرون بعدمها، وإذا ثبت نسبُه ترتَّبَ عليه أخذُه، فتبطُلُ يدُ المُلتقِطِ.

(**وإنِ ادَّعاهُ اثنانِ معاً ثَبَتَ منهما**) لعدم الأولوية (**إلاَّ أن يَذكُرَ أحدُهُما علامَةً في جَسَدِه**) فيكون أولى بشهادةِ الظاهِر، أو يسْبِقُ[1] في الدعوى، لأنه ثَبَتَ نسبُه منه في زمانٍ لا ينازِعُه فيه غيرُه، إلا إذا أقامَ الآخرُ البينةَ لأنها أقوى.

قال: (**والحرُّ والمُسلِمُ أولى مِنَ العَبْدِ والذّميّ**) ومعناه: إذا ادَّعى نَسَبَه حرٌّ وعبدٌ، أو مسلمٌ وذميٌّ، فالحرُّ أولى من العبدِ، والمسلمُ أولى من الذميِّ، لأن ذٰلك أنفعُ له.

(**وإنِ ادَّعاهُ عَبْدٌ فهو ابنُه**) لأن ثبوتَ النسب نفعٌ له (**وهو حُرٌّ**) لما تقدّم، ولا يلزمُ من رِقِّ أبيه أن يكون رَقيقاً، لأن العبدَ يتزوّج الحرّةَ.

(**وإنِ ادَّعاهُ ذِمِّيٌّ فهو ابْنُه**) لما مرّ (**وهو مُسْلِمٌ**) لأن الإسلام ثَبَتَ له بالدار، وإبطالُه إضرارٌ به، وليس من ضَرورةِ كون الأبِ كافراً كُفْرُ الولد، لاحتمال إسلامِ الأم.

---

(١) في (م): لسَبْقِ، والمثبت من (س).

إلاَّ أن يَلْتَقِطَه مِنْ بَيْعَةٍ أو كَنِيسَةٍ أو قَريةٍ مِن قُراهم، فيكُونُ ذِمِّيّاً. ومَنِ ادَّعَى أنَّه عَبْدُه لم يُقبَلْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ. وإذا كانَ على اللَّقِيطِ مالٌ مَشْدُودٌ فهو له ويُنْفِقُ عليه منه بِأمْرِ القاضِي، ....

قال: (**إلاَّ أن يَلْتَقِطَه مِنْ بَيْعَةٍ أو كَنِيسَةٍ أو قَريةٍ مِن قُراهم، فيكُونُ ذِمِّيّاً**) لأن الظاهر أن أولادَ المسلمين لا يكونون في مواضعِ أهل الذِّمة، وكَذلك بالعكس، ففي ظاهر الرواية اعتُبِر المكانُ دون الواجِد، كاللقيط إذا وجَدَه مسلمٌ في دار الحرب. وروى أبو سليمان عن محمد أنه اعتَبَر الواجدَ دون المكان، لأن اليد أقوى، وفي رواية: اعتَبَر الإسلامَ نظراً للصغير.

قال: (**ومَنِ ادَّعَى أنَّه عَبْدُه لم يُقبَلْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ**) عَمَلاً بالأصل، وإقرارُه بالرقِّ قبل البُلوغ لا يُقبَل، وبعدَ البُلوغ إن أُجري عليه أحكامُ الأحرار من قَبول شَهادتِه وحَدِّ قاذِفِه لم يصحَّ، وقبل ذٰلك يصحُّ.

ولو التقطه مسلمٌ فادّعى نصرانيٌّ أنه ابنُه فهو ابنُه، وهو مسلمٌ لما تقدّم، وإن كان عليه زِيُّ النصارى كالصَّليب والزُّنَّار فهو نصرانيٌّ، لأن الظاهر أنه وُلد على فراشِه، ولا اعتبار بالمكان.

قال: (**وإذا كانَ على اللَّقِيطِ مالٌ مَشْدُودٌ فهو له**) عملاً بالظاهر، (**ويُنْفِقُ عليه منه بِأمْرِ القاضِي**) لعُموم ولايتِهِ، ويصدَّقُ عليه في نفقة مثله، وقيل: لا يَحتاج إلى أمر القاضي، لأن المال له، فينفِقُ عليه منه، وله ولايةُ ذٰلك، فيشتري له ما يَحتاج إليه من الكِسْوة والطعام وغيرهما.

ويَقبَلُ له الهِبةَ ويُسَلِّمُه في صِناعةٍ، ولا يُزَوِّجُه، ولا يُؤَاجِرُه.

قال: (**ويَقبَلُ له الهِبةَ**) لأنه نفعٌ محضٌ.

(**ويُسَلِّمُه في صِناعةٍ**) لأنه من باب التثقيف، وفيه منفعة.

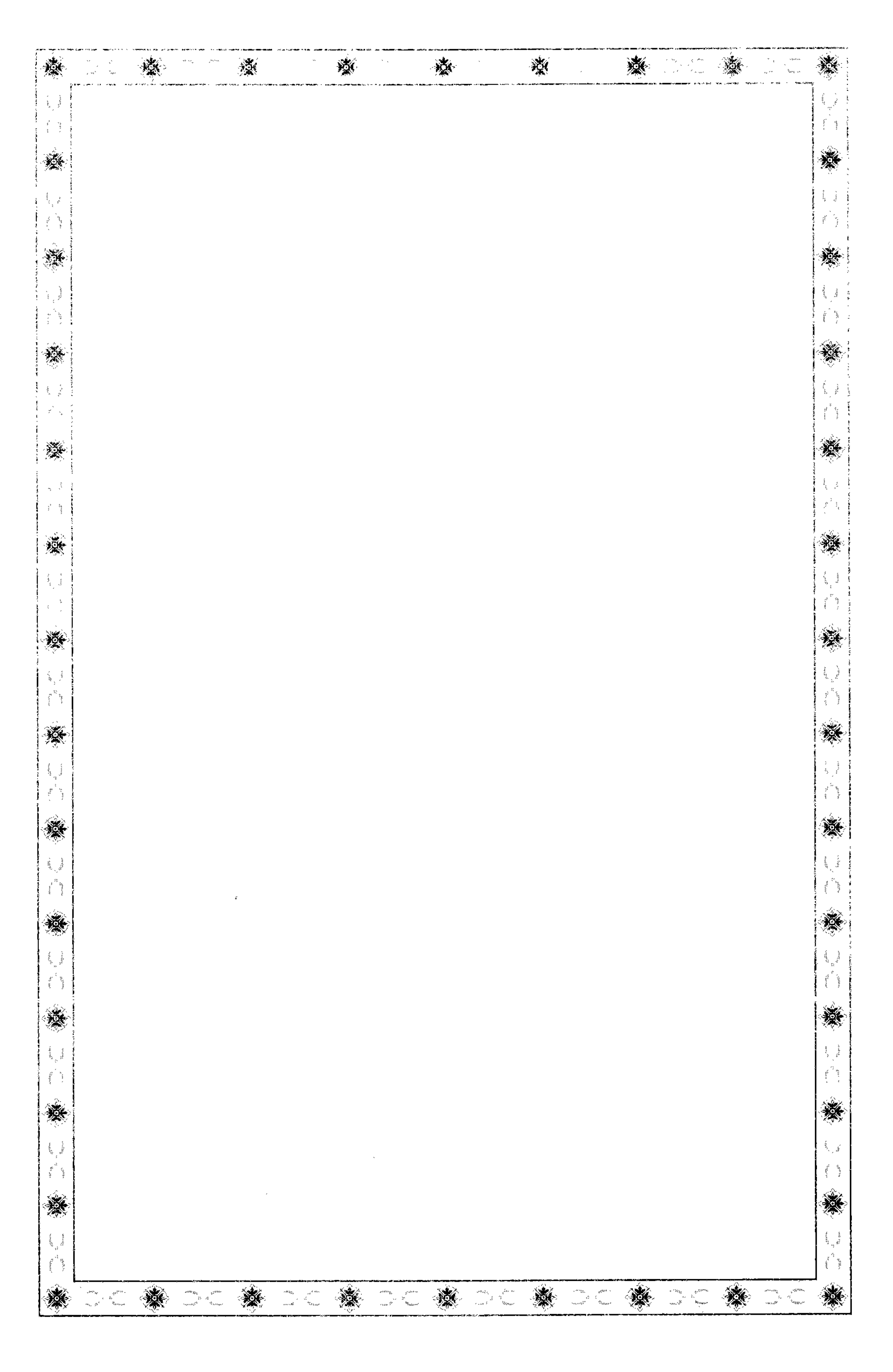
(**ولا يُزَوِّجُه**) لأنه لا ولايةَ له عليه، وولايةُ التزويج والبيعِ والشراءِ للسلطان لعموم ولايتهِ، فإن زوَّجَه السلطانُ ولا مالَ له فالمهرُ في بيت المال، وفي «النوادر»: إذا أمَرَ الملتقِطُ بخِتان الصبيِّ فهَلَكَ ضَمِنَ، لأنه ليس له هٰذه الوِلاية.

قال: (**ولا يُؤَاجِرُه**) هو الأصحُّ، لأنه لا يملكُ إتلافَ منافعِه كالعَمّ، بخلاف الأُمّ لأنها تملك ذٰلك، ولهٰذا كان لها إجارتُه لنفقتها[1] واستخدامُه.

❑ ❑ ❑

---

(١) في (م): لمنفعتها، والمثبت من (س).



كتاب اللُّقَطَة

وأَخْذُها أفضلَ، وإن خاف ضَياعَها فواجِبٌ، . . . .

كتاب اللُّقَطة

وهي كاللَّقيط في الاشتقاق والمعنى[1]، وهي بضمٍّ اللام وفتح القاف: اسمٌ للمال المَلْقُوط، وقال بعضُهم: هي اسم الملتقِط كالضُّحَكَة والهُمَزَة. فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف، والأوّل أصحُّ.

قال: (**وأَخْذُها أفضلَ**) لئلا تصلَ إليها يدٌ خائنةٌ.

(**وإن خاف ضَياعَها فواجِبٌ**) صيانةً لحَقِّ الناس عن الضَّياع، وإن كان يخافُ على نفسِه الطَّمَعَ فيها وتَرْكَ التعريفِ والردِّ فالتَّرْكُ أولى، صيانةً له عن الوقوع في المحرَّم.

واللُّقَطَة: ما يوجَدُ مطروحاً على الأرض ما سِوى الحَيَوان من الأموال لا حافِظَ له.

والضَّالَّة: الدابَّةُ تَضِلُّ الطريقَ إلى مربطها. وأخذُها أفضلُ لأن الغالبَ في زماننا الضَّياعُ.

---

(١) لفظة: «والمعنى» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

وهي أمانَةٌ إذا أشْهَدَ أنَّه أخَذَها ليَرُدَّها على صاحبها، فإن لم يُشْهِد ضَمِنَها، ويُعَرِّفُها مُدَّةً يَغلِبُ على ظَنِّه أنَّ صاحبَها لا يَطلُبها بعد ذٰلك. . . . .

فإن أخَذَها وأشهَدَ وعرَّفها ثم ردَّها إلى موضِعِها لم يضمَنْ. وذكر الحاكمُ في «مختصره»: إن ردَّها بعدَ ما حوَّلها ضَمِنَ، لأن بالتحويل التزَمَ الحفظَ، فبالرَّدِّ صار مضيِّعاً، ولا كذٰلك قبلَ التحويل.

قال: (**وهي أمانَةٌ إذا أشْهَدَ أنَّه أخَذَها ليَرُدَّها على صاحبها**) وهو أن يُشهِدَ عند الأخذ أنه يأخذُها للرَّدِّ، أو يقول: من سمِعتُمُوه يُنشِدُ لُقَطَةً فدُلُّوه عَلَيَّ.

(**فإن لم يُشْهِد ضَمِنَها**) خلافاً لأبي يوسف، إذا ادَّعى أنه أخَذَها للردِّ، لأن الظاهرَ من حالِه الحِسْبةُ لا المعصيةُ. ولهما: أن الأصل أن كلَّ متصرِّفٍ عاقلٍ إنما يتصرَّفُ لنفسِه، وقد اعتَرَف بالأخذ الذي هو سببُ الضمان، ثم ادَّعى ما يبرِّئُه، فلا يصدَّق إلا ببينةٍ، وإن قال: أخذتُه لنفسي، ضَمِنَ بالإجماع بإقرارِه، وإن تصادقا أنه أخَذَها ليرُدَّها لم يضمَنْ بالإجماع، لأن تصادُقَهما كالبيِّنَةِ.

قال: (**ويُعَرِّفُها مُدَّةً يَغلِبُ على ظَنِّه أنَّ صاحبَها لا يَطلُبها بعد ذٰلك**) هو المختار، لأن ذٰلك يختلفُ بقلةِ المال وكَثرتِه. وعن أبي حنيفة: إن كانت أقلَّ من عشرةِ دراهمَ عرَّفها أياماً، وإن كانت عشرةً فصاعداً عرَّفها حَوْلاً. وعن محمد رحمه الله التقديرُ بالحول من غيرِ فَصْل لقوله

عليه السلام: «مَنِ التقَطَ شيئاً فليعرِّفْهُ حَوْلاً»[1] من غير فصلٍ، وجهُ الأوّل: ما روي عن أُبَيٍّ بن كعب قال: وجدتُ مئةَ دينارٍ على عهد رسولِ الله ﷺ، فسألتُه عنها، فقال: «عَرِّفْها حَوْلاً»[2]، والعشرةُ وما فوقَها في معناها من حيث وجوبِ القَطْع في سَرِقتِها، واستباحةِ الفَرْجِ بها، ولا كذلك ما دونَها. وروى الحسنُ عن أبي حنيفة: إن كانت مئتي درهمٍ فما فوقها يعرِّفْها حولاً، وفوقَ العشرة إلى مئةِ درهمٍ شهراً، وفي العشرة جمعةً، وفي ثلاثةِ دراهمَ ثلاثةَ أيام، وفي درهمٍ يوماً، وإن كانت تمرةً ونحوها تصدَّق بها مكانَها، وإن كان محتاجاً أكَلَها مكانَها. قدَّرَ لكلِّ لُقَطةٍ على قَدْرها، فكأنه والأوّلُ سواء.

والتعريف: أن يُنادي في الأسواق والشوارعِ والمساجدِ: من ضَاع له شيءٌ، فلْيَطلُبْه عندي.

---

(١) أخرجه البخاري (٩١) و(٢٤٢٧)، ومسلم (١٧٢٢)، وهو في «المسند» (١٧٠٤٦)، و«صحيح ابن حبان» (٤٨٨٩) من حديث زيد بن خالد الجهني قال: جاء أعرابي النبيَّ ﷺ فسأله عما يلتقطه، فقال: «عَرِّفها سنة، ثم احفظ عفاصها ووكاءها، فإن جاء أحد يخبرك بها وإلا فاستنفقها» قال: يا رسول الله، فضالَّة الغنم قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» قال: ضالة الإبل؟ فتمعَّر وجه النبي ﷺ فقال: «مالك ولها، معها حذاؤها وسقاؤها، تَرِدُ الماء وتأكل الشجر».

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٦٦)، ومسلم (١٧٢٣)، وهو في «المسند» (٢١١٦٩)، و«شرح مشكل الآثار» للطحاوي (٤٧٠٠).

فإنْ جاءَ صاحبُها وإلاَّ تَصَدَّقَ بها إنْ شاءَ، وإن شاءَ أمسَكَها، فإن جاءَ وأمضَى الصَّدَقَةَ فله ثَوابُه، وإلاَّ له أنْ يُضَمِّنه، أو يُضَمِّنَ المِسكِينَ، أو يأخُذَها إن كانت باقِيةً، وأيُّهما ضَمِنَ لا يَرجِع على أحَدٍ، ولا يتَصَدَّقُ بها على غَنِيٍّ،

قال: (فإنْ جاءَ صاحبُها وإلاَّ تَصَدَّقَ بها إنْ شاءَ) إيصالاً للحقِّ إلى مستحِقِّه بقدر الإمكان، لأن الواجب إيصالُه إلى مالكه صورةً ومعنىً، فإذا تعذَّرت الصورةُ يوصِلُه إليه معنىً وهو الثواب.

(وإن شاءَ أمسَكَها) لاحتمال مجيءِ صاحبها.

(فإن جاءَ وأمضَى الصَّدَقَةَ فله ثَوابُه) لأنه مالُه.

(وإلاَّ له أنْ يُضَمِّنه، أو يُضَمِّنَ المِسكِينَ، أو يأخُذَها إن كانت باقِيةً) أما تضمينُه فلأنه سلَّم مالَه إلى غيرِه بغيرِ أمرِه، وإذْنُ الشرعِ في ذلك لا يمنعُ الضمانَ، كأكل مالِ الغير حالةَ المَخْمَصَة. وأما تضمينُ المسكين فلأنه قبَضَ مالَه بغيرِ أمرِه. وأما أخذُها فلأنه وَجَدَ عينَ ماله.

قال: (وأيُّهما ضَمِنَ لا يَرجِع على أحَدٍ) أما الملتقِطُ فلأنه مَلَكها من وقتِ التصدُّق بالضمان، فظهر أنه تصدَّق بمالِه، وأما الفقيرُ فلأنه عِوَضُ ما وَصَل إليه.

قال: (ولا يتَصَدَّقُ بها على غَنِيٍّ) لقوله عليه السلام: «فإنْ لم يأتِ صاحِبُها، فليتصَدَّق بها»[1]، والصدقةُ لا تكون على الغنيِّ كالواجبات.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤٣٨٩)، والطبراني في «الأوسط» (٢٢٢٩)، وفي «الصغير» (٧٢) من طريق خا لد بن يوسف السمتي، عن أبيه، عن زياد بن سعد، عن سمي، عن أبي صالح، عن أبي هريرة. فذكره. وإسناده ضعيف لضعف =

وينتَفعُ بها إن كانَ فقِيراً، وإن كانت شَيئاً لا يبقَى عَرَّفَه إلى أن يَخافَ فَسادَه، ويُعَرِّفُها في مكان الالْتِقاطِ ومَجامِعِ النَّاسِ. وإن كانت حَقِيرةً كالنَّوَى وقُشُورِ الرُّمَّانِ ينْتَفِعُ به من غير تَعرِيفٍ، ....

قال: (وينتَفعُ بها إن كانَ فقِيراً) كغيرِه من الفقراء، أو يعطيها أهلَه إن كانوا فقراءَ لما مرّ.

قال: (وإن كانت شَيئاً لا يبقَى) كاللحم واللَّبن والفواكِه الرَّطْبة ونحوه (عَرَّفَه إلى أن يَخافَ فَسادَه) ثم يتصدَّقُ به خوفاً من الفساد، وفيه نظرٌ لصاحبها بالثواب دُنيا أو آخرة.

قال: (ويُعَرِّفُها في مكان الالْتِقاطِ ومَجامِعِ النَّاسِ) فهو أَجْدَرُ أن تصل إلى صاحبها. وسأل رجلٌ عليّاً فقال: اذهب حيث وجدتَها، فإن وجدتَ صاحبَها فادفعها إليه وإلا فتصدَّق بها، فإن جاء صاحبُها فخيِّرْه بين الأَجْر والقيمةِ[1].

قال: (وإن كانت حَقِيرةً كالنَّوَى وقُشُورِ الرُّمَّانِ ينْتَفِعُ به من غير تَعرِيفٍ) لأن رَمْيَها إباحةٌ للأخذِ دِلالةً.

= خالد وأبيه. وعزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٦٦ إلى البزار في «مسنده» من الطريق نفسه.

وأخرجه الطبراني في «الكبير» ٢٢/ (٧٠٠) من طريق عمر بن عبد الله بن يعلى بن مرة، عن جدته حكيمة، عن يعلى بن مرة، عن النبي ﷺ، فذكره. وإسناده ضعيف لضعف عمر بن عبد الله، وجدته حكيمة لا تعرف. وانظر «المسند» (١٧٥٦٦).

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٦٠ وبيض له.

ولِلمالكِ أخذُه، والسُّنْبُلُ بعد الحَصادِ إذا جَمَعَه فهو له خاصَّةً. ويجُوزُ التِقاطُ الإبِلِ والبَقَرِ والغَنَمِ وسائرِ الحَيَوانات، . . . .

(**ولِلمالكِ أخذُه**) لأن الإباحةَ لا تُسقطُ الملكَ عن العين[1] خصوصاً لغير معيَّنٍ، وإن كان كثيراً لم يَجُزْ للملتقط الانتفاع به.

قال: (**والسُّنْبُلُ بعد الحَصادِ إذا جَمَعَه فهو له خاصَّةً**) بدلالةِ الحال، وعليه جميع الناس في جميعِ البلاد. قال أبو يوسف: مَن ألقى شاةً ميتةً فجاء آخرُ فأخذ صوفَها وجلدَها ودبَغَه فهو له، فإن جاء صاحبُها فله أخذُ الصوف والجلدِ، وعليه ما زاد الدباغُ كالغاصب. غريبٌ ماتَ في دار رجلٍ ليس له وارثٌ معروف، وخلَّف مالاً وصاحبُ المنزل فقيرٌ، فله الانتفاعُ به بمنزلةِ اللُّقَطة.

قال: (**ويجُوزُ التِقاطُ الإبِلِ والبَقَرِ والغَنَمِ وسائرِ الحَيَواناتِ**) لأنه مالٌ يُتوهم ضَياعُه، فيُستحبُّ أخذُه ليردَّه على صاحبه صيانةً لأموال الناس، وما روي أنه عليه السلام سئل عن ضالَّة الإبل فقال: «ما لَكَ ولَها، عليها حِذاؤُها ومَعَها سِقاؤها، تَرِدُ الماءَ وتَرعى الشَّجَر»[2]، وسُئل عليه السلام عن ضالَّة الغنم فقال: «هي لَكَ أو لأخيكَ أو للذِّئب»[3]، فجوابُه أن ذلك كان في زمنِ النبي ﷺ حين كان الخوفُ من الافتراس لا من أخْذِ الناس، أما اليومُ كَثُرَ الفسادُ والخِيانةُ، وقَلَّت الأديانُ والأمانةُ، فكان الأخذ أولى.

---

(١) في (س): الغير، والمثبت من (م).

(٢) سلف تخريجه ص٤٩١.

(٣) سلف تخريجه ص٤٩١.

وهو مُتبرِّعٌ فيما أنفقَ عليها، فإن كان لها مَنفَعَةٌ آجَرَها بإذنِ الحاكِمِ وأنفقَ عليها، وإن لم يكن لها مَنفَعَةٌ باعها إن كانَ أصلَحَ، فإن جاءَ صاحِبُها فله حَبْسُها حتَّى يُعطِيَه النَّفَقَةَ، فإنِ امتنَعَ بِيعَتْ في النَّفَقةِ، فإن هَلكَتْ بعد الحَبْسِ سَقَطَتِ النَّفقةُ، وقَبْلَ الحَبْسِ لا.

قال: (وهو مُتَبرِّعٌ فيما أنفَقَ عليها) لعدم وِلايتِه على مالِكِها، إلا أن يأذَنَ له القاضي فيكونُ دَيناً على صاحبها، لعُموم وِلايتِه، وفي ذٰلك نَظَرٌ للمالك.

قال: (فإن كان لها مَنفَعَةٌ آجَرَها بإذنِ الحاكِمِ وأنفقَ عليها) لأن فيه بقاءَ المِلْكِ على مالكِه من غير أن يَلزَمَه دَينٌ، وكذٰلك حُكم الآبِق.

(وإن لم يكن لها مَنفَعَةٌ باعها إن كانَ أصلَحَ) وإن كان الأصلحُ الإنفاقَ عليها أمَرَ بذٰلك، وجعلها دَيناً على مالِكها لأن ولايتَه نظريةٌ. وللقاضي أن يأمرَه بالنفقةِ عليها يومين وثلاثة رجاءَ مجيء صاحبها، وبعد ذٰلك يبيعُها لئلا تستأصلَها النفقةُ، فلا نَظَرَ حينئذٍ في حقِّه.

قال: (فإن جاءَ صاحِبُها فله حَبْسُها حتَّى يُعطِيَه النَّفَقَةَ) لأنه استفَادَ الملكَ من جهتِه، لأنه صار هالكاً معنىً، وقد أحياه بنفقَتِه، فصار كالبائع.

(فإنِ امتنَعَ بِيعَتْ في النَّفَقةِ) كالرَّهْن، لأن أمرَ القاضي كأمرِه، فصار كأنه أنفقَ عليها وحَبَسها بأمرِه.

(فإن هَلكَتْ بعد الحَبْسِ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ) كالرَّهْن، (وقَبْلَ الحَبْسِ لا) لأنها أمانةٌ.

وليسَ في رَدّ اللُّقَطَةِ والضَّالَّةِ والصَّبِيّ الحُرّ شيءٌ واجبٌ. ومَنِ ادَّعَى اللُّقَطَةَ يَحتاجُ إلى البَيِّنَةِ، فإن أعطَى علامتَها جازَ له أن يَدْفعَها إليه ولا يُجْبَرُ.

قال: (وليسَ في رَدّ اللُّقَطَةِ والضَّالَّةِ والصَّبِيّ الحُرّ شيءٌ واجبٌ) لأنه متبرِّعٌ في الرَّدِّ، فإن أعطاه المالكُ شيئاً فحَسَنٌ، بخلاف الآبِق لأن جُعْلَه واجبٌ نصاً لا قياساً. وعن الكَرْخي في اللقطة: إذا قال: مَن وجَدَها فلـه كذا، فله أجرُ مثلِه لأنها إجارةٌ فاسدة. وعن أبي يوسف: لو ضاعت اللقطةُ فوجَدَهـا آخرُ لا يكون الأوّلُ خَصْماً فيها، لأنهما سواء في الالتقاط، وليس كالمستودَع، لأن حفظَ الوديعة عليه، فله أخْذُها.

قال: (ومَنِ ادَّعَى اللُّقَطَةَ يَحتاجُ إلى البَيِّنَةِ) لأنها دعوى.

(فإن أعطَى علامتَها جازَ له أن يَدْفعَها إليه ولا يُجْبَرُ) لجواز أنه عَرَفها من صاحبها أو رآها عندَه، ولأن حقَّ اليد كالملكِ، فلا تُستحقُّ إلا ببيِّنةٍ كالملك، إلا أنه يجوزُ له الدفعُ عند العلامة، لقوله عليه السلام: «فإنْ جاءَ صاحِبُها فعَرَفَ عِفاصَها ووِعاءَها فادفعها إليه»[1]، فحملناه على الإباحة، جمعاً بينه وبين الحديث المشهور: «البينةُ على المدَّعِيّ»[2]، ولو صدَّقه ودفعها إليه بغير قضاءٍ ثم جاء آخرُ وأقام البينةَ فله أن يضمِّن أيَّهما شاء، ولا يرجِعُ القابضُ على الدافع، وإن دفعها بقضاءٍ فهو مجبورٌ، فيرجِعُ على القابض لا غير.

---

(١) سلف تخريجه ص٤٩١.

(٢) سلف تخريجه ص٢٦٩.

وَلُقَطَةُ الحِلّ والحَرَمِ سَواءٌ.

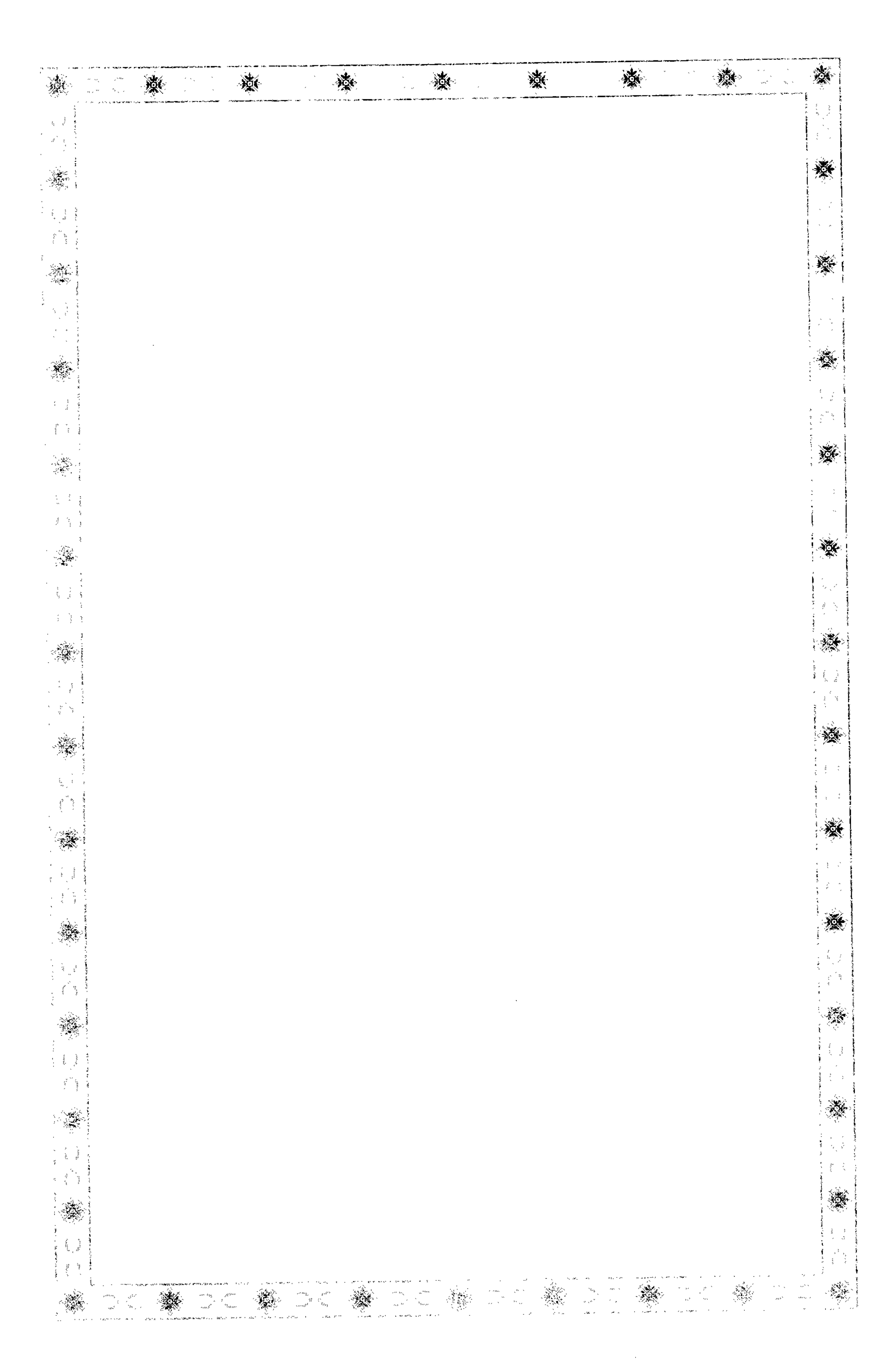
قال: (ولُقَطَةُ الحِلّ والحَرَم سَواءٌ) لقوله عليه السلام: «اعرفْ عِفاصَها ووكاءَها ثم عَرِّفْها سَنَةً»[1] مطلقاً، ولأنها لُقطةٌ، وفي التصدُّق بعدَ سنةٍ إيصالُها إلى مالكها بقَدْر الوُسْع على ما تقدّم، فيُشرع، وتأويلُ قوله عليه السلام في الحَرَم: «لا تحلُّ لقطتُهُ إلاّ لمُنشِدٍ»[2] أي: لمُعرِّفٍ، والتخصيص بالحَرَم لئلا يُتَوهمَ السُّقوط طمعاً أنها للغُرباء. والله أعلم.

❑ ❑ ❑

---

(١) سلف ص٤٩١.

(٢) قطعة من حديث أخرجه البخاري (١١٢)، ومسلم (١٣٥٥)، وهو في «المسند» (٧٢٤٢)، و«صحيح ابن حبان» (٣٧١٥) من حديث أبي هريرة، وانظر تمام تخريجه فيهما.



كتاب الآبق

وأَخْذُه أفضَلُ إذا قَدَرَ عليه، وكذلك الضَّالُّ، ويَدفَعُهما إلى السُّلطانِ، ويَحبِسُ السلطانُ الآبِقَ دُونَ الضَّالِّ، ومَنْ ردَّ الآبِقَ على مَولاهُ من مَسيرَةِ ثلاثةِ أيَّامٍ فصاعِداً، فله عليه أربَعونَ دِرهماً، وبحِسابِه إن نَقَصَتِ المُدَّةُ، . . . . .

كتاب الآبِقِ

وهو العبدُ الهاربُ، أبَقَ العبدُ إذا هَرَب، وتأبَّق: استَتَر، ويقال: احتَبَس الآبِقُ إذا هَرَب، واستَتَر عن مولاه: احتَبَس عنه.

قال: (وأَخْذُه أفضَلُ إذا قَدَرَ عليه) لأنه إحياءٌ له وإبقاءٌ له على مالكِه.

(وكذلك الضَّالُّ) وقيل: تركُ الضالِّ أولى، لأنه يقفُ مكانَه فيجدُه صاحبُه بخلاف الآبِقِ.

قال: (ويَدفَعُهما إلى السُّلطانِ) لعَجزِه عن حفظِهما.

(يَحبِسُ السلطانُ الآبِقَ دُونَ الضَّالِّ) لأنه يخافُ إباقَ الآبِقِ دونَ الضالِّ.

قال: (ومَنْ ردَّ الآبِقَ على مَولاهُ من مَسيرَةِ ثلاثةِ أيَّامٍ فصاعِداً، فله عليه أربَعونَ دِرهماً، وبحِسابِه إن نَقَصَتِ المُدَّةُ) لما روي عن عَمرو بن

دينار أنه قال: لم يَزَلْ يسمع: كان النبيُّ عليه السلام يقول: «جُعْلُ الآبِقِ أربعون دِرهماً»[1].

وأجمعت الصحابةُ على وجوب الجُعْل، لكن اختلفوا في مقدارِه، فمنهم من قال: أربعون، ومنهم من قال دونَها، فقلنا بوجوب الأربعين في مَسيرةِ السفر، وما دونها فيما دونها وتوقيفاً بين أقوالهم رضي الله عنهم، ولأن ذٰلك حامل على رَدِّ الآبق، وصيانةٌ له عن الضياع، إذ الحِسْبة قليل. وقوله في نقصان المدةِ: بحسابه، أنه مفوَّض إلى رأي الإمام، وقيل يقسط لكلِّ يوم ثلاثةَ عشَرَ درهماً وثُلُثَ درهمٍ[2]، فيُقدَّر الرَّضْخُ بَقدرِه، وقيل: باصطلاحهما.

قال: (**فإن كانت قِيمَتُه أقَلَّ من أربَعِينَ دِرهماً فله قِيمَتُه إلاَّ دِرهماً**) وقال أبو يوسف: له الجُعْل كاملاً، لأنه منصوص عليه. ولهما: أنه

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٠ وعزاه لابن أبي شيبة في «مصنفه» عن محمد بن يزيد، عن أيوب، عن أبي العلاء، عن قتادة وأبي هاشم: أن عمر قضى في جعل الآبق أربعين درهماً. انتهى.

وذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٦٠ عن عمرو بن دينار كما هو هنا وبيض له، وجاء بما يخالفه فقال: وأخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة (١٠/ ١٨٣)، والبيهقي (٦/ ٢٠٠) بخلافه من حديث حفص، عن ابن جريج، عن عطاء وابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالوا: ما زلنا نسمع أن النبي ﷺ قضى في العبد الآبق يؤخذ خارجاً من الحرم ديناراً أو عشرة دراهم.

(٢) لفظة: «درهم» أثبتناها من (م)، وليست هي في (س).

وأُم الوَلَدِ والمُدَبَّرُ كالقِنّ، والصَّبِيُّ كالبالِغِ، ويَنْبَغِي أن يُشْهِدَ أنَّه يأخُذُه لِيَرُدَّه، ولو أبَقَ من يَدِه لا يَلْزَمُه شيءٌ، . . . .

إنما شُرِع ذٰلك لمصلحة المالك، فينقُصُ من قيمتِه درهمٌ لتحصل له الفائدةُ.

قال: (**وأُم الوَلَدِ والمُدَبَّرُ كالقِنّ**) لأنهما في معناه من إحياءِ المالك (**والصبيُّ كالبالغ**) لأنه مَؤُونةُ الملك، ولو ردَّه أبوه أو وصيُّه فلا جُعْلَ لهما، لأن الحفظَ عليهما، وهما يتوليان ذٰلك، وكذٰلك أحدُ الزوجين على الآخر، وكذٰلك الابنُ لأن العادةَ جرت بالردِّ من هٰؤلاء تبرُّعاً واصطناعاً، ولو رَدَّ عبدَ ابنِه أو أخيه أو سائرِ قرابتِه، لا جُعْل له إن كان في عيالهِ، وإن لم يكن فله الجُعْل، ولو قال لغيره: أبَقَ عبدي، إن وجدتَه فخُذْه، فقال: نعم، فردَّه، لا جُعْل عليه، لأنه وَعَدَه بردِّه، فصار متبرِّعاً.

رَدَّ أمةً ومعها ولدُها، فله جُعْلٌ واحد، إلا أن يكون مراهِقاً فيجبُ ثمانون درهماً، ولو صالَح عن الجُعْل على عشرين درهماً جاز، ولو صالَحه على أكثرَ من أربعين يَحُطُّ الفضلَ لأن المستحَقَّ أربعون، فالزيادة ربا.

قال: (**ويَنْبَغِي أن يُشْهِدَ أنَّه يأخُذُه لِيَرُدَّه**) على ما بينا في اللُّقَطة من الاختلاف والتعليل.

قال: (**ولو أبَقَ من يَدِه لا يَلْزَمُه شيءٌ**) لأنه أمانةٌ، لأنه مأذونٌ له في أخذِه، ولا شيءَ له، لأنه ما ردَّه على مالكه.

وإن كانَ رَهْناً فالجُعْلُ على المُرتَهِنِ، وإن كانَ جانياً فعلى مَولاهُ إن فَدَاهُ، وعلى ولِيِّ الجِنايةِ إن أعطاهُ. وحُكْمُه في النَّفَقةِ كاللُّقَطَةِ.

قال: (**وإن كانَ رَهْناً فالجُعْلُ على المُرتَهِنِ**) لأنه وَجَبَ بجنايةِ الرهن، وهي في ضمان المرتهِن، ولأنه أحيا ماليَّته وهي حقُّه، وإن كان بعضُه خالياً عن الدَّين فعلى المالك بقَدْرِه من الجُعْل، كما في الفِداء في الجِناية، ولأن حقَّه في القَدْر المضمون عليه، ولو كان بين جماعة فالجُعل عليهم بقَدْر الأنصِباء، لأنه مَؤُونةُ المِلْكِ.

(**وإن كانَ جانياً فعلى مَولاهُ إن فَدَاهُ، وعلى ولِيِّ الجِنايةِ إن أعطاهُ**) لأن منفعتَه لمن يستقرُّ الملكُ له، والجُعل يتبع المنفعةَ.

قال: (**وحُكْمُه في النَّفَقَةِ**) في التبرُّع وإذْنِ القاضي وحَبْسِه بها بعد الرَّدِّ (**كاللُّقَطَةِ**).

اشترى آبقاً فردَّه، لا جُعْلَ له، لأنه عَمِلَ لنفسِه، وإن قال: لم أقدِرْ على ردِّه إلا بالشراء، وإنما اشتريتُه لأردَّه، وأقام البينةَ على ذلك فله الجُعْل، لأنه أخذَه ليرُدَّه، وهو متبرِّعٌ في الثمن، وإذا حَبَسَ السلطانُ الآبقَ مدّةً، ولم يجئ له طالبٌ، إن شاء باعه وإن شاء أنفقَ عليه من بيت المال، وجعلها ديناً على المالِكِ أو في ثمنِه، ولا يؤاجرُه خوفَ الإباق. أما الضالُّ يؤاجِرُه ولا يبيعُه.

❑ ❑ ❑

كتاب المفقود

وحُكْمُهُ أنَّه حَيٌّ في حَقّ نَفْسِه، ....

كتاب المفقود

المفقود: المعدوم، وفقدتَ الشيءَ: إذا طلبتَه فلم تجدْه، قال تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ﴾ [يوسف: ٧٢]، أي: طلبناه فلم نجدْه. فُقِدَ: عُدِم.

وفي الشرع: الذي غاب عن أهلِه وبلدِه، أو أَسَرَه العدوُّ ولا يُدَرى أحيٌّ هو أم ميتٌ، ولا يُعلَم له مكانٌ، ومضى على ذٰلك زمانٌ، فهو معدوم بهٰذا الاعتبار.

(وحُكْمُهُ أنَّه حَيٌّ في حَقّ نَفْسِه) لا تتزوّجُ امرأتُه، ولا يُقسَمُ مالُه، ولا تُفسَخُ إجارتُه، لأن ملكَه كان ثابتاً في مالِه[1] وزوجتِه ومنافِعِ ما استأجَرَه. وغيبوبتُه لا تُوجب الفُرقَةَ، والموتُ مُحتَمَلٌ، فلا يزولُ الثابت باليقين بالاحتمال. وقال عليه السلام في امرأة المفقود: «هي امرأتُه حتى يأتِيَها البَيانُ» رواه المغيرة بنُ شعبة[2]. وعن عليٍّ رضي الله

---

(١) تحرفت في (س) إلى: ملكه، والتصويب من (م).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٨٤٩)، والبيهقي ٧/ ٤٤٥. وإسناده ضعيف جداً، في إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، وكذا محمد بن شرحبيل.

. . . .

عنه: إنها امرأةٌ ابتُلِيَتْ، فلتَصْبرْ حتى يأتِيَها موتٌ أو طلاقٌ[1]. وروَى عبدُ الرحمٰن بنُ أبي ليلى أن عُمر رضي الله عنه كان يقول: يفرِّقُ بينَه وبين امرأتِه إذا مضت أربعُ سنين[2]، ثم رَجَعَ إلى قول عليٍّ.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٣٣٢) عن معمر، عن ابن أبي ليلى، و(١٢٣٣٠) عن محمد بن عبد الله، كلاهما عن الحكم: أن علياً قال... فذكره.

وأخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١٧٥٨) عن جرير بن عبد الحميد، عن منصور، عن الحكم قال: قال علي: إذا فقدت المرأة زوجها، فلا تتزوج حتى تستبين أمره.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٢٣٢١) عن معمر، عن ثابت البناني، عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى قال: فقدت امرأة زوجها، فمكثت أربع سنوات، ثم ذكرت أمرها لعمر بن الخطاب، فأمرها أن تربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه، فإن جاء زوجها، وإلا تزوجت بعد السنين الأربع... ورجاله ثقات.

وأخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١٧٥٥) عن هشيم، عن داود بن أبي هند، عن أبي نضرة، عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى: أن رجلاً من الأنصار خرج ليلاً فانتسفته الجن، فطالت غيبته، فأتت امرأته عمر بن الخطاب فقالت: إن زوجها قد غاب عنها فطالت غيبته، فأمرها أن تعتد أربع سنين، ففعلت ثم أتته، فأمرها أن تتزوج، ففعلت. هو عند عبد الرزاق (١٢٣٢٢) لكن بإسقاط أبي نضرة من إسناده.

وأخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٥ من طريق شعبة، عن منصور، عن المنهال بن عمرو، عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى قال: قضى عمر رضي الله عنه في المفقود تربص امرأته أربع سنين، ثم يطلقها ولي زوجها، ثم تربص بعد ذٰلك أربعة أشهر وعشراً ثم تزوج.

وأخرجه مالك في «الموطأ» ٢/ ٥٧٥، ومن طريقه البيهقي ٧/ ٤٤٥ عن يحيى بن سعيد القطان، عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب قال: أيما=

ميِّتٌ في حَقّ غَيرِه ويُقِيمُ القاضِي مَن يَحفَظُ مالَه ويَستَوفِي غَلاَّتِه فيما لا وكِيلَ له فيه، ويَبِيعُ مِن أموالِه ما يَخافُ عليه الهَلاكَ، . . . .

قال: وهو (**مَيِّتٌ في حَقّ غَيرِه**) لا يرثُ ممن ماتَ حالَ غَيبتِه، لأن الحُكم ببقائِه بناء على استصحاب الحال، وأنه يصلُحُ للدفع لا للاستحقاق.

قال: (**ويُقِيمُ القاضِي مَن يَحفَظُ مالَه ويَستَوفِي غَلاَّتِه فيما لا وكِيلَ له فيه، ويَبِيعُ مِن أموالِه ما يَخافُ عليه الهَلاكَ**) لأن القاضي نُصِّب لمصالح المسلمين نظراً لمن عَجَزَ عن التصرُّف بنفسِه، كما قلنا في الصبيّ والمجنون، والمفقودُ عاجزٌ بنفسِه، فيتصرَّفُ له القاضي، والنظر له فيما ذكرنا، فيقبض دَيناً أقرَّ به الغريمُ، ولا يُخاصِم لأنه وكيلٌ في القبض من جهته، وأنه لا يملك الخُصومةَ بالإجماع، لأن القاضي

= امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٣١٧)، وابن أبي شيبة ٤/ ٢٣٦ عن معمر، عن الزهري، عن ابن المسيب: أن عمر وعثمان قضيا في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين، وأربعة أشهر وعشراً بعد ذلك، فإن جاء زوجها الأول، خُيِّر بين الصداق وبين امرأته.

وأخرج عبد الرزاق أيضاً (١٢٣١٨) عن ابن جريج قال: أخبرني عطاء الخراساني، أن ابن شهاب أخبره: أن عمر وعثمان قضيا في ميراث المفقود، يقسم من يوم تمضي الأربع سنوات على امرأته، وتَستَقْبلُ عدتها أربعة أشهر وعشراً.

وأخرج البيهقي في «سننه» ٧/ ٤٤٥ من طريق محمد بن عبد الملك، عن يزيد بن هارون، عن سليمان التيمي، عن أبي عمرو الشيباني: أن عمر أجل امرأة المفقود أربع سنين.

ويُنفِقُ مِن ماله على مَن تَجِبُ عليه نَفَقَتُه حالَ حَضْرتِه بغَيرِ قضَاءٍ، فإن مَضَى له مِنَ العُمُرِ ما لا يَعِيشُ أقرانُه حُكِمَ بِمَوتِه.

يلي الحِفْظَ دون الخُصومة، ولا يبيع ما لا يَخافُ عليه الفسادَ لا في نفقةٍ ولا غيرِها إذ لا نَظَرَ في ذٰلك.

قال: (**ويُنفِقُ مِن ماله على مَن تَجِبُ عليه نَفَقَتُه حالَ حَضْرتِه بغَيرِ قضَاءٍ**) كزوجتِه وأولادِهِ وأبويه، لأنه إعانةٌ لهم، وكلُّ من لا يستحقُّها بحضرتِه إلا بقضاءٍ فإنه لا يُنفِقُ عليه كالأخ والأخت ونحوهما، لأنه قضاءٌ على الغائب، والمراد بقوله: من مالِه: النَّقْدان، لأنهما قيمةُ ما يستحقون من المَطعوم والملبوس، ولو كان له من جِنس ما يستحقُّونه دَفَعَه إليهم، وإن كان في ماله دينٌ أو وَديعةٌ، فإن اعتَرَف المديونُ والمودَعُ بالمال وبالزوجيَّة والنَّسَب أنفقَ عليهم منه، وإن كان ذٰلك ثابتاً عندَ القاضي فلا حاجةَ إلى اعترافهم، وإن ثَبَتَ عند القاضي بعضُ ذٰلك يُشترط اعترافُهما بالباقي، ولو أنفقَ المديون والمودَع عليهم بغيرِ إذن القاضي ضَمِنا، لأنهما ما أوصلا الحقَّ إلى مالِكِه ولا نائبه.

قال: (**فإن مَضَى له مِنَ العُمُرِ ما لا يَعِيشُ أقرانُه حُكِمَ بِمَوتِه**) وهو الأقْيَسُ على قول أبي حنيفةَ رضي الله عنه، لاختلاف الأعمارِ باختلاف الأزمان. وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ أنه قدَّره بمئةٍ وعشرين سنةً. وعن أبي يوسفَ مئة سنةٍ، وقيل: تسعين، وهو غايةُ ما تنتهي إليه أعمارُ أهل زمانِنا في الأعمِّ الأغلب، وهو الأرفَقُ، لأن في التفحُّص عن موتِ الأقران حَرَجاً.

وباقي مسائل المفقود تأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى.

كتاب الخنثى

إذا كان له آلةُ الرَّجُل والمَرأةِ، فإن بالَ من أحدِهما اعتُبِرَ به، فإن بالَ مِنَ الذَّكَرِ فهو غُلامٌ، وإن بالَ مِنَ الفَرْجِ فهو أُنثَى، . . . .

كتاب الخُنْثى

وهو مشتقٌّ من التخنُّث، وهو التكسُّر، يقال: اطوِ الثوبَ على أخنائِه، أي: على تكسُّرِه ومَطاوِيه، وسُمِّي الخُنثى لأنه يُكَسَّر ويُنقَّص حالُه عن حال الرجال، ويَفوق عن حال النساء، حيث كان له آلةُ الرجال والنساء. وقال عمر النَّسَفي: أوْ ليس له هٰذا ولا هٰذا، ويخرُجُ حَدَثُه من دُبُرِه أو من سُرَّتِه. وذكر في «المنتقى»: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا خرجَ البولُ من سُرَّته وليس له قُبُلٌ ولا ذَكَرٌ لا أدري ما نقول في هٰذا.

(**إذا كان له آلةُ الرَّجُل والمَرأةِ، فإن بالَ من أحدِهما اعتُبِرَ به، فإن بالَ مِنَ الذَّكَرِ فهو غُلامٌ، وإن بالَ مِنَ الفَرْجِ فهو أُنثَى**) لأن ذٰلك دليلٌ أن الآلةَ التي يخرُج منها هي الأصلُ، والأخرى عيبٌ. وسُئل ﷺ كيف يُورَّثُ؟ فقال: «مِن حيثُ يَبولُ»[1]، ومثلُه عن عليٍّ رضي الله

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس ابن عدي في «الكامل» ٣/ ١١٠٠ و٦/ ٢١٣١، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٢٦١. وإسناده تالف.

وإنْ بالَ منهما اعتُبِرَ بأسبَقِهما، فإن بالَ منهما معاً فهو خُنثَى مُشْكِلٌ، ولا مُعتَبَر بالكَثرَةِ (سم)، فإذا بَلَغَ وظَهَرَت له أمارَاتُ الرّجالِ فهو رجُلٌ، وإن ظَهَرَت له أماراتُ النِّساءِ فهو امرأةٌ، . . . .

عنه[1]. وهٰكذا كان حُكْمُه في الجاهلية فأقرَّه الإسلام.

قال: **(وإنْ بالَ منهما اعتُبِرَ بأسبَقِهما)** لأنه دِلالةٌ على أنه العُضْو الأصلي.

(فإن بالَ منهما معاً فهو خُنثَى مُشْكِلٌ ولا مُعتَبَر بالكَثرَةِ) وقالا: يُعتَبر أكثرُهما بَولاً، لأن للأكثر حُكْمَ الكلِّ، ولأنه علامةٌ أخرى على الأصالة والقوّة، وله: أن الكَثْرةَ تكون لاتساع المَخْرَج، ولا دِلالةَ فيه على الأصالة، فإن اسَتَويا في القَدْر فهو مُشْكِلٌ بالإجماع لعدم المرجِّح.

قال: **(فإذا بَلَغَ وظَهَرَت له أمارَاتُ الرّجالِ فهو رجُلٌ)** وذٰلك كاللِّحية ومُجامَعَة النساء والاحتلامِ من الذَّكر، لأن هٰذه علامةٌ تخصُّ الرجال.

(وإن ظَهَرَت له أماراتُ النِّساءِ فهو امرأةٌ) كالحَيض والحَبَل ونُزول الثَّدْي واللَّبَن فيه، والجماعِ في الفَرْج، لأن هٰذه علامة تخصُّ النساء.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٩٢٠٤)، وابن أبي شيبة ١١/ ٣٤٩، والبيهقي ٦/ ٢٦١ من طرق عن علي موقوفاً عليه من قوله.

فإن لم تَظهَرِ الأمارتانِ أو تَعارضَتا فهو خُنثَى مُشْكِلٌ.

فصل

فإذا حُكِمَ بِكَونِه خُنثَى مُشكلاً يُؤخَذُ فيه بالأحوَطِ والأوثَقِ مِن أُمورِ الدِّين، فيُورَّثُ أخَسَّ السَّهمَين، ويَقِفُ بينَ صَفّ الرّجالِ والنِّساءِ في الصَّلاةِ، وإن صَلَّى في صَفّ النِّساءِ أعادَ، ولو صَلَّى في صَفّ الرّجالِ يُعِيدُ مَن عَن يَمِينِه ويَسارِه ومَنْ خَلفَه بحِذائِه، . . . .

قال: (فإن لم تَظهَرِ الأمارتانِ أو تَعارضَتا فهو خُنثَى مُشْكِلٌ) قال الطحاوي: قال محمد: الإشكالُ قبل البُلوغ، فإذا بَلَغَ فلا إشكالَ. قال النَّسَفي: وليس يخلو إذا بَلَغ من بعض هٰذه العلائم.

فصل

(فإذا حُكِمَ بِكَونِه خُنثَى مُشكلاً يُؤخَذُ فيه بالأحوَطِ والأوثَقِ مِن أُمورِ الدِّين) فلا يُحكَم بما وقع الشكُّ في ثُبوته، ويُرَجَّح المُحرِّم على المبيح.

(فيُورَّثُ أخَسَّ السَّهمَين) ويُعرَف بيانُه في الفرائض إن شاء الله تعالى.

(ويَقِفُ بينَ صَفّ الرّجالِ والنِّساءِ في الصَّلاةِ) لأنه إن كان رجلاً لا يجوزُ وقوفُه في صفِّ النساء لئلا تَفْسُدَ صلاتُه، ولو كان امرأةً لا يجوز وقوفُها في صفِّ الرجال لئلا تَفْسُدَ صلاتهم، فيقفُ بينهما.

قال: (وإن صَلَّى في صَفّ النِّساءِ أعادَ) لجواز أن يكون رجلاً.

(ولو صَلَّى في صَفّ الرّجالِ يُعِيدُ مَن عَن يَمِينِه ويَسارِه ومَنْ خَلفَه بحِذائِه) لاحتمال أنه امرأة.

ويُصَلِّي بِقناعٍ، ولا يَلبَسُ الحُلِيَّ والحَريرَ، ولا يَخلُو به غيرُ مَحْرَمٍ رجُلٌ ولا امرأةٌ، ولا يُسافِرُ بغيرِ مَحْرَمٍ، وتُبتاعُ له أمةٌ تَخْتِنُه، فإذا خَتَنَتْه باعها، فإن لم يكن له مالٌ فَمِن بَيتِ المالِ، ....

قال: (**ويُصَلِّي بِقناعٍ**) لاحتمال أنه امرأة، ويجلسُ كما تجلسُ المرأة.

(**ولا يَلبَسُ الحُلِيَّ والحَريرَ**) لاحتمال أنه رجل.

(**ولا يَخلُو به غيرُ مَحرَمٍ، رجُلٌ ولا امرأةٌ، ولا يُسافِرُ بغيرِ مَحْرَمٍ**) احتياطاً.

قال: (**وتُبتاعُ له أمةٌ تَخْتِنُه**) لأنه لا يجوز أن يختِنَه رجلٌ ولا امرأة لما بينا، ويجوزُ لجاريتِه النظرُ إلى فَرْجِه رجلاً كان أو امرأةً. (**فإذا خَتَنَتْه باعها**) لاستغنائه عنها. (**فإن لم يكن له مالٌ فَمِن بَيتِ المالِ**) لأنه لمصالح المسلمين. وإذا كان صغيراً لا يُشتَهَى جاز ختانُه للرجل والمرأة. وعن أبي حنيفة أنه يُزوَّجُ امرأةً، فإن كان رجلاً صحَّ النكاح، وحلَّ لها النظرُ إلى فَرْج زوجها، وإن كان امرأةً فلا نكاح، لكن يجوز للمرأة النظرُ إلى فَرْج المرأة للضَّرورة.

ولا يَرِثُ الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى. ولو أوصى لحَمْلِ فلانةٍ بألفٍ إن كان ذَكَراً، وبخمسِ مئةٍ إن كان أنثى فوَلَدَت خُنثى فله خمسُ مئة احتياطاً، إلا أن يتبين غيرُ ذلك. وإن قتله قاتلٌ خطأً وقال: إنه أنثى، فالقول قولُه لإنكاره الزيادةَ ولا قصاصَ في أطرافِه أصلاً. ولو ارتدَ لا يُقتَل، ولا يَدخُل في القَسَامة، ولا تُقرَّر عليه الجزيةُ لو كان

وإذا ماتَ ولم يُتبيَّن حالُه يُيَمَّمُ، ثُمَّ يُكَفَّنُ ويُدفَنُ كالجارِيةِ.

كافراً. ولو أُسِر لا يُقتل لاحتمال أنه أنثى. ولا يحدُّ قاذفُه لأنه إن كان رجلاً فهو كالمَجبوب، وإن كان امرأةً فهي كالرَّتْقاء، ولا يُحدُّ قاذفُهما، لأن الحدَّ لنفي التُّهمة، وهي منتفيةٌ عنهما. ولو قال لامرأته: إن كان أوّلُ ولدٍ تَلدينَه غلاماً فامرأته طالقٌ، أو فعبدُه حرٌّ، فولدت خُنثى لا يحنَثُ ما لم يُتبيَّن[1] أمرُه. ولو قال: كلُّ عبدٍ له حرٌّ، أو كلُّ أمةٍ له حرَّةٌ لا يُعتَقُ الخنثى حتى يَستبين أمرُه، ولو قال الأمرين عُتِقَ للتيقُّن.

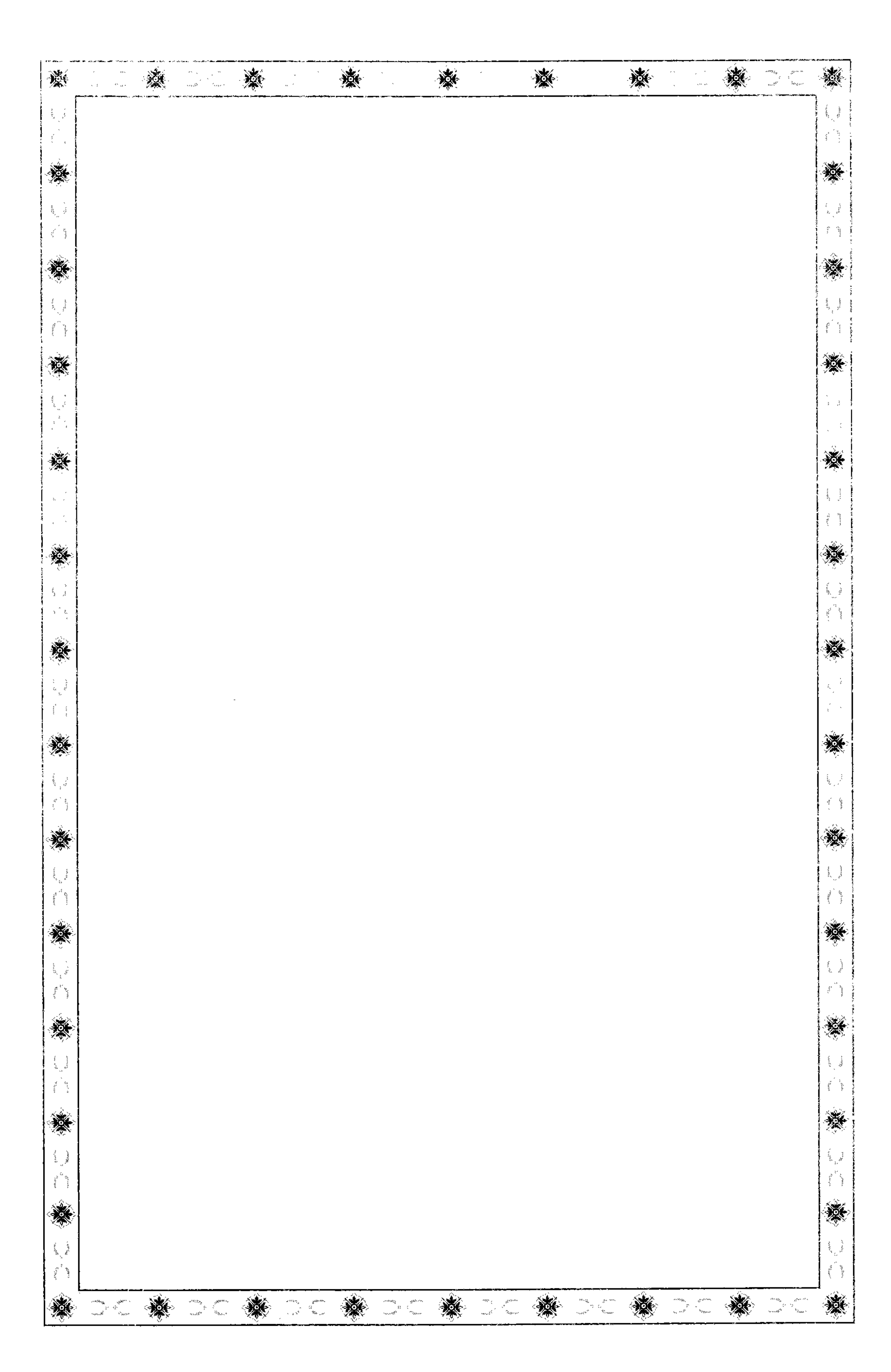
(**وإذا ماتَ ولم يُتبيَّن**[1] **حالُه يُيَمَّمُ، ثُمَّ يُكَفَّنُ**) لأنه لا يجوز غَسْلُه للرجال ولا للنساء احتياطاً، فقد تعذَّر غَسْلَه فيُيَمَّم، وإذا اجتمعت الجنائزُ جُعِلت جِنازتُه بين جنازةِ الرجل والمرأة لما مرَّ في الصلاة في حياته.

(**ويُدفَنُ كالجارِيةِ**) احتياطاً.

❑ ❑ ❑

---

(١) في (س): يستبين، والمثبت من (م).



كتاب الوقف

[وهو حبَسْ العيَن على مُلْكِ الواقِفِ والتَّصدُّقُ بالمَنفَعَةِ، ولا يَلزَمُ إلاَّ أن يَحْكُمَ بـه حـاكِـمٌ (سـم ف)، أو يقـولَ: إذا مِـتُّ فقـد وقَفتُـه]،

كتاب الوقف

الوقفُ في اللغة: الحَبْس، يقال: وقفتُ الدَّابةَ إذا حبستُها على مكانها، ومنه: الموقِفُ، لأن الناس يُوقَفون فيه، أي: يُحْبَسون للحساب.

وفي الشرع: حبسُ شيءٍ معلومٍ بصفةٍ معلومةٍ على ما نبينُه إن شاء الله تعالى.

[(وهو حبَسْ العيَن على مُلْكِ الواقِفِ والتَّصدُّقُ بالمَنفَعَةِ، ولا يَلزَمُ إلاَّ أن يَحْكُمَ به حاكِمٌ، أو يقولَ: إذا مِتُّ فقد وقَفتُه)][1] وأجمعت الأمةُ على جواز أصلِ الوقف، لما روي أنه عليه السلام تصدَّق بسَبْع حوائط في المدينة[2]، وكذٰلك الصحابةُ وَقَفوا، والخليلُ صلوات الله

---

(١) ما بين الحاصرتين لم يرد في الأصلين الخطيين، وأثبتناه من مطبوعة أبي دقيقة.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٦٢ وقال: أخرج الخصاف في «وقفه» عن محمد بن بشر بن حميـد «عن أبيه قال» سمعت عمر بن=

. . . .

عليه وَقَفَ وُقوفاً هي باقيةٌ جاريةٌ إلى يومنا[1] .

وإنما اختلفوا في كيفية جوازه، قال أبو حنيفة وزفر: شرطُ جوازِه أن يكون مُوصَى به، أو يقول: إذا مِتُّ فقد وقفتُه، حتى لو لم يوصِ به لا يصحُّ، ويبقى على مُلْكِه يجوزُ بيعُه ويورَّث عنه، إلا أن يُجيزَه الوَرَثةُ فيصير جائزاً ويتأبَّد، ولو قَضَى القاضي بلزومِه لَزِمَ ونَفَذَ لأنه قضاءٌ في مجتَهَد، ولم يكن لغيره إبطاله.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يُشترط لجوازِه شيءٌ من ذٰلك، وهٰذا بناءً على أن الوقف عندَه: حَبْسُ العين على ملْكِه، عملاً بمقتضى قوله: وقفت. والتصدُّقُ بثمرتِه وغَلَّتِه المعدومةِ على المساكين، ولا يصحُّ التصدُّقُ بالمعدوم إلا بالوصيَّة، وعندهما: هو إزالةُ العَين عن ملكِه إلى الله تعالى، وجعلُه محبوساً على حُكم ملْكِ الله تعالى على

= عبد العزيز يقول في خلافته بالمدينة والناسُ يومئذ بها كثيرٌ من مشيخة مِن المهاجرين والأنصار: إن حوائط رسول الله ﷺ السبعة التي وقف مِن أموال مخيريق اليهودي أوصى: إن أُصبت، فأموالي لمحمد ﷺ يضعها حيث أراه الله، فقُتِلَ يومَ أحد.

وأخرجه من وجه آخر عن محمد بن سهل بن أبي حثمة قال: كانت صدقة رسول الله ﷺ من أموال بني النضير، ومُخيريق هو النضري الإسرائيلي من بني النضير، ذكر الواقدي في «المغازي» أنه أسلم واستشهد بأحد، وكان عالماً. انظر «سيرة ابن هشام» ٢/ ١٦٤-١٦٥، و«الإصابة» ٦/ ٥٧.

(١) انظر ابن قطلوبغا ص٢٦٢ وما بعدها.

. . . .

وجهٍ يصِلُ نَفْعُه إلى عبادِه، فوجب أن يخرجَ عن ملكِه ويخلُصَ لله تعالى ويصيرَ مُحَرَّزاً عن التمليك، ليستديمَ نَفْعُه ويستمرَّ رِفقه[1] للعباد. لهما: أن الحاجةَ ماسَّةٌ إلى لُزوم الوقف ليصلَ ثوابُه إليه على الدوام، وأنه ممكنٌ بإسقاط ملْكِه وجَعْلِه لله تعالى، كالمسجد فيُجعل كذٰلك.

قال النَّسَفي: وكان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفةَ حتى دَخَلَ بغدادَ، فسمع حديثَ عمر رضي الله عنه فَرَجَع عنه وقال: لو بَلَغَ هٰذا أبا حنيفةَ لرجع إليه، وهو ما رواه محمد بنُ الحسن، عن صخر بن جُويريةَ، عن نافع، عن ابن عُمر: أن عمرَ رضي الله عنه كانت له أرضٌ تُدعى ثَمْغٌ، وكانت نخلاً نفيساً، فقال عمرُ: يا رسولَ الله، إني استفدتُ مالاً نفيساً، أفأتصدَّقُ به؟ فقال: «تصدَّق بأصلِهِ، لا يُباعُ ولا يُوهَبُ ولا يُوَرَّثُ، ولٰكن تُنفَقُ ثمرتُه على المساكينِ»[2]، فتصدَّق به عمرُ رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرِّقابِ والمساكينِ وابنِ السبيل وذوي القُربى، ولا جُناح على من وَلِيَه أن يأكلَ منه بالمعروف، أو يُؤْكِل صديقاً له غيرَ متأثِّلٍ[3]. ولأبي حنيفة قوله عليه السلام: «لا

---

(١) في (م): رفعه، والمثبت من (س).

(٢) أخرجه بنحوه البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢)، وهو في «المسند» (٤٦٠٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٠١). وانظره فيهما.

(٣) قوله: غير متأثل، أي: غير جامع.

. . . .

حبْسَ عن فرائضِ الله تعالى»[1]. وعن شُريح: جاء محمدٌ ببيع الحَبِيْسِ[2]. وعن عبد الله بنِ زيد: أنه تصدَّق بضَيعةٍ له، فشكا أبواه إلى النبيِّ ﷺ، فقال له: «ارجِعْ في صَدقتِكَ»[3]، ولأن شرائط الواقف

---

(١) ضعيف، أخرجه من حديث ابن عباس الدارقطني (٤٠٦١) و(٤٠٦٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ٩٦-٩٧، والعقيلي في «الضعفاء» ٣/ ٣٩٧، والطبراني في «الكبير» (١٢٠٣٣)، وفي «الأوسط» (٨٩٩٧) والبيهقي ٦/ ١٦٣. في إسناده عبد الله بن لهيعة وأخوه عيسى وكلاهما ضعيف.

وأخرجه موقوفاً عن علي ابنُ أبي شيبة ٦/ ٢٥٠ عن هشيم، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي قال: قال علي: لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع. وإسناده حسن كما قال الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٤٥.

وأخرجه الطبراني في «الكبير» ١٨/ (٧٨١) من طريق عبد الله بن لهيعة، عن قيس بن الحجاج، عن حنش، عن فضالة بن عبيد، عن رسول الله ﷺ قال: «لا حبس». وإسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ٢٥١، والبيهقي في «السنن» ٦/ ١٦٣.

وأخرج ابن سعد في «الطبقات» ٦/ ١٣٨ عن أحمد بن عبد الله بن يونس قال: حدثنا زهير قال: حدثنا عطاء بن السائب قال: مر علينا شريح راجلاً، قال: قلت: أفتني، قال: إني لا أفتي ولكني أقضي. قال: قلت: إنه ليس شيء فيه قضاء. قال: ما هو؟ قلت: رجل جعل داره حبيساً على الآخر من ذي قرابته. قال: فأمَرَ حبيباً. فقال: أسْمِع الرجل لا حبس عن فرائض الله.

وهو في «مصنف عبد الرزاق» (١٦٩٢١) عن معمر، عن عطاء بن السائب.

والحبيس: قال الأزهري: يقع على كل شيء وقفه صاحبه وقفاً محرماً، لا يورَّث ولا يباع من أرض ونخل وكرم ومستغل، يُحَبَّسُ أصله، وقفاً مؤبداً، وتسبَّل ثمرته تقرباً إلى الله عز وجل. «لسان العرب» (حبس) ٦/ ٤٥.

(٣) ذكره ابن قطلوبغا ص٢٦٤ وبيض له. ولم نقف عليه.

. . . .

تراعى فيه، ولو زال عن ملكِه لم تُرع كالمسجد، ولأنه يحتاج إلى التصدُّق بالغَلَّة دائماً، ولا ذٰلك إلا ببقاءِ العين على ملكِه. ثم عند محمد: لصحَّةِ الوقف أربعةُ شرائطَ: التسليمُ إلى المتولِّي، وأن يكون مُفْرَزاً، وألا يَشترِط لنفسِه شيئاً من منافع الوقف، وأن يكون مؤبَّداً بأن يَجعلَ آخرَه للفقراء، لما روي عن عمرَ وابنِ عباس ومعاذ أنهم قالوا: لا تجـوزُ الصدقةُ إلا مَحُوزةً مقبوضةً[1]، ولأن التمليك حقيقةٌ من الله لا يتصوَّر، لأنه مالكُ الأشياء، وإنما يثبت ذٰلك ضِمناً للتسليم إلى العبدِ كالزكاة، ولأنه متى كان له شيءٌ من منافعِ الوقفِ لم يخلصْ لله تعالى.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة ٦/ ٤٠ عن عبد الله بن المبارك، عن معمر، عن الزهري، قال: تصدق رجل بمئة دينار على ابنه وهما شريكان، والمال في يدي ابنه، قال: لا يجوز حتى يحوزها، قضى أبو بكر وعمر: إن لم يحز، فلا شيء له.

وأخرج كذلك ابن أبي شيبة ٦/ ٤٠-٤١ عن سفيان بن عيينة، عن الزهري، عن عروة، عن عبد الرحمٰن بن عبد القاري قال: قال عمر: ما بال رجال ينحلون أولادهم نحلاً، فإذا مات ابن أحدهم، قال: ما لي وفي يدي، وإذا مات هو قال: قد كنت نحلتُه ولدي، لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد.

وأخرج كذلك ٦/ ٤٢ عن وكيع، عن سفيان، عن جابر، عن القاسم، قال: كان معاذ وشريح يقولان: لا تجوز الصدقة حتى تقبض إلا الصبي بين أبويه.

وأخرج ٦/ ٤٤ عن حفص، عن حجاج، عن عطاء، عن ابن عباس قال: لا تجوز الصدقة حتى تقبض.

وانظر «المصنف» لابن أبي شيبة ٦/ ٤٠-٤٤. وما سيأتي ص٥٣٤-٥٣٥.

ولا يجُوزُ وَقْفُ المُشاعِ (س)، وإن حُكِمَ به جازَ، . . . .

وقال أبو يوسف: شيءٌ من ذٰلك ليس بشرطٍ، لأنه إسقاطٌ، وصار كالإعتاق، وأخَذَ مشايخ خُراسان بقول أبي يوسف ترغيباً للناس في الوقف. قال الخَصَّاف: ذِكْرُ الوقف ذِكْرٌ للتأبيد عند أبي يوسف. وعند محمد: لا بدَّ من ذِكره. قال القاضي أبو عاصم: قولُ أبي يوسف أقوى لمقاربةٍ بين الوقف والملكِ، إذ في كلٍّ واحدٍ منهما معنى التمليك، وقولُ محمدٍ أقربُ إلى موافقةِ الآثار، وبه أخَذَ مشايخُ بُخارَى.

قال: (ولا يجُوزُ وَقْفُ المُشاعِ) عند محمد، لما ذكرنا من الأَثَر، ولأن القَبْضَ عنده شرطٌ، ويجوز عند أبي يوسف، لأن القِسمةَ من تمام القَبْض، وليس بشرطٍ عنده.

(وإن حُكِمَ به جازَ) بالإجماع لما مرّ. وإن طَلَبَ الشريكُ القسمةَ يُقسَم لأنها إفرازٌ، وإن كان فيها معنى المبادلة، إلا أنا غلَّبنا جهةَ الإفراز نظراً للواقِفِ، فإن كان الشريكُ غيرَ الواقف يقاسِمُه، لأن الولايةَ له، وإن كان هو يقاسمُه القاضي لئلا يتولَّى الطرفين، ولا يجوزُ أخْذُ الدراهمِ للوقف، لأنه يصيرُ بيعاً للوقف، ويجوزُ أن يُعطيَه دراهمَ من الوقف لأنه يصيرُ مشترياً للوقف، وما لا يحتملُ القِسمةَ يجوزُ مع الشيوع عند محمدٍ اعتباراً بالصَّدَقة والهِبَة، ولا يجوزُ الشيوعُ في المسجد والمَقْبرة بالإجماع، لأن الشركة تنافي الخُلُوص لله تعالى والتهايؤ[1] فيها قبيحٌ، بأن يصلِّي فيه يوماً ويَسكُنُ يوماً، ويَدفِنَ فيه

(١) في (س): التهابي، وهو تحريف، والمثبت من (م).

ولا يجُوزُ حتَّى يَجعَل آخِرَه لِجِهةٍ لا تَنقَطِعُ أبداً (س)، ويجُوزُ وَقْفُ العَقَارِ، ولا يجُوزُ وَقْفُ المَنقُولِ (س)، . . . .

شهراً ويَزرَعُ شهراً، بخلاف غيرِهما من الوقوف، لأن الاستغلال ممكنٌ غيرُ مستَبْشَع.

قال: (**ولا يجُوزُ حتَّى يَجعَل آخِرَه لِجِهةٍ لا تَنقَطِعُ أبداً**) وقال أبو يوسف: يجوزُ لأن المقصودَ التقرُّب إلى الله تعالى، وأنه يحصُل بجهةٍ تنقطع. ولهما: أن مُوجِبَه زوالُ الملك بدون التمليك، وذٰلك بالتأبيدِ، كالعِتق، فإذا لم يتأبّد لم يتوفَّر عليه موجِبُه، ولهٰذا يُبطِلُه التأقيت، كما يُبطِلُ البيعَ. ثم قيل: التأبيدُ شرطٌ بالإجماع، إلا أن محمداً اشترط ذكرَه لأنها صدقةٌ بالمنفعة أو بالغَلَّة، وقد يكون مؤقتاً ويكون مؤبّداً كما في الوصيَّة، فلا يتعينُ التأبيد إلا بالتنصيص. وعند أبي يوسف: لا يحتاج إلى ذكرِه، لأن ذِكْرَ الوقف يُنبىءُ عنه، كما ذكره الخَصَّاف.

قال: (**ويجُوزُ وَقْفُ العَقَارِ**) لما مرَّ من النصوص والآثار.

(**ولا يجُوزُ وَقْفُ المَنقُولِ**) وقال أبو يوسف: إذا وَقَفَ ضَيعةً ببقرِها وأكَرَتِها[1] وهم عبيدُه، جاز، للتبعيَّة، وكذٰلك وقْفُ الدولاب ومعه سانِيتُه[2] وعليها حَبْلٌ ودَلْوٌ.

ولو وقف بيتاً فيه كُوَّارة عَسَل جاز، وصار النحل تابعاً للعسل. ولو وَقَفَ داراً فيها حَمَامٌ أو برجُ حَمَام، صار الحَمَام تبعاً له، وهٰذا لأن

---

(١) الأكَرَةُ: جمع أكّار، وهو الفلاح أو الحراث.

(٢) أي: الناقة التي يُستقى عليها.

وعن محمدٍ جَوازُ وَقْفِ ما جَرَى فيه التَّعامُلُ كالفأسِ والقَدُومِ والمِنْشار والقِدْرِ والجِنازةِ والمَصاحِفِ والكُتُبِ، بخِلافِ ما لا يُتعامَلُ فيه، والفَتوَى على قَولِ محمدٍ، ويَجُوزُ حَبْسُ السِّلاح والكُرَاع، . . . .

من الأحكام ما يثبُتُ تبعاً ولا يثبت مقصوداً، كالشِّرب في بيع الأرضِ، والبناءِ في الشُّفعة.

(وعن محمدٍ: جَوازُ وَقْفِ ما جَرَى فيه التَّعامُلُ كالفأسِ والقَدُومِ والمِنْشار والقِدْر والجِنازةِ[1] والمَصاحِفِ والكُتُبِ) لوجود التعامل في هذه الأشياء، وبالتعامل يُترَكُ القياس كما في الاستصناع. قال عليه السلام: «ما رآهُ المسلمونُ حَسَناً فهو عندَ اللهِ حَسَنٌ»[2].

(بخِلافِ ما لا تَعامُلَ فيه) كالثِّياب والأمتعةِ، لأن من شرط الوقف التأبيدَ كما بينا، تركناه في السلاح والكُرَاع[3] بالنصِّ، وفيما جرى فيه التعاملُ بالتعامُلِ، فبقي ما وراءَه على الأصل.

(والفَتوَى على قَولِ محمدٍ) لحاجةِ الناس وتعامُلِهم بذلك.

قال: (ويَجُوزُ حَبْسُ السلاحِ والكُرَاعِ) أي: وَقْفُه في سبيل الله، لأن خالد بنَ الوليد وَقَفَ دُروعا في سبيل الله، وأجازَه رسول الله ﷺ[4].

---

(١) الجِنازة، بكسر الجيم: هي التي يُحمل عليها الميت.

(٢) الصحيح أنه موقوف على ابن مسعود، وقد سلف تخريجه والكلام عليه ١/ ٢٣٥.

(٣) الكُراع: الخيل.

(٤) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (١٤٦٨)، ومسلم (٩٨٣)، وهو في «المسند» (٨٢٨٣)، و«صحيح ابن حبان» (٣٢٧٣). وانظره فيهما.

ولا يجُوزُ بيعُ الوَقْفِ ولا تَملِيكُه. ويَبدأُ من ارتِفاعِ الوَقْفِ بعِمارتِه وإن لم يَشرطْها الواقِفُ، فإن كان الوَقْفُ على غَنِيٍّ عَمَّرَه مِن مالِه، وإن كان على فُقَراءَ فلا يُقدَرُ عليهم، . . . .

وجَعَل رجلٌ ناقةً في سبيل الله، فأراد آخرُ أن يحُجَّ عليها، فسأل رسولَ الله ﷺ عن ذٰلك، فقال: الحجُّ من سبيل الله[1]. وطلحةُ حَبَسَ سلاحَه وكُرَاعه في سبيل الله[2]، أي: خَيْلَه، والإبلُ كالخَيل، لأن العَرَب تقاتِل عليها وتحمِلُ عليها السلاح.

قال: (ولا يجُوزُ بيعُ الوَقْفِ ولا تَملِيكُه) لما مرَّ من حديث عمر[3]، ولأنه يُبطِل التأبيدَ وهو المقصودُ من الوقف.

قال: (ويَبدأُ من ارتِفاعِ الوَقْفِ بعِمارتِه وإن لم يَشرطْها الواقِفُ) تحصيلاً لمقصوده، فإنَّ قصْدَه وصولُ الثواب إليه بوصول المنفعةِ أو الغَلَّة إلى الموقوف عليه على التأبيد، وذٰلك ببقاء أصلِه وإنه بالعِمارة، وكانت العِمارةُ شرطاً لمقتضى الوقفِ.

(فإن كان الوَقْفُ على غَنِيٍّ عَمَّرَه مِن مالِه) ليكون الغُنْم بالغُرْم، لأنه معيَّنٌ يمكن مطالبتُه.

(وإن كان على فُقَراءَ فلا يُقدَرُ عليهم) وغَلَّةُ الوقف أقربُ أموالِهم فيجبُ فيها، وإن وَقَفَ دارَه على سُكنى ولدِه فالعِمارةُ على مَن له السُّكْنى، لأن الخَراجَ بالضَّمان، كنفقةِ العبدِ الموصَى بخِدمتِه.

---

(١) صحيح، وقد سلف تخريجه ١/ ٣٧٧.
(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٩ وقال: غريب جداً.
(٣) سلف تخريجه ص٥١٧.

فإن أبَى أو كان فَقِيراً آجَرها القاضِي وعَمَّرها بأُجرتِها ثُمَّ رَدَّها إلى مَن له السُّكْنَى، وما انهَدَمَ من بِنـاءِ الوَقْفِ وآلَتِـه صُرِفَ في عِمارَتِه، فإن استُغنِيَ عنه حُبِسَ لِوَقتِ حاجَتِه، وإن تعذَّر إعادَةُ عَينِه بِيعَ وصُرِفَ الثَّمَنُ إلى عِمارتِه، ....

(فإن أبَى أو كان فَقِيراً آجَرها القاضِي وعَمَّرها بأُجرتِها، ثُمَّ رَدَّها إلى مَن له السُّكْنَى) رعايةً للحقَّين، لأنه لو لم يعمِّرها تفوتُ السُّكنى أصلاً، فيفوت حقُّهم في السكنى، وحقُّ الواقف في الثواب، ولا يُكرَه الممتنِع عن العِمارة لأنه يُتلِف مالَ نفسِه، ولا يكون بامتناعِه راضياً ببُطلان حقِّه، لأنه في حيِّز التعارُض، ثم المستحِقُّ من العِمارة بقَدْر ما يبقى الموقوفُ على ما كان عليه، وكذٰلك لو خَرِبَ يُبنى كما كان، لأن بتلك الصفةِ كانت غلّتُه[1] مصروفةً إلى الموقوف عليه، فلا حاجةَ إلى الزيادةِ، ومَن له السُّكنى لا يجوزُ إجارتُه لعدم مالكيَّتِه.

قال: (وما انهَدَمَ من بِناءِ الوَقْفِ وآلَتِه صُرِفَ في عِمارَتِه) مثلُ الآجُرِّ والخَشَب والقارِ والأحجار، ليبقى على التأبيد.

(فإن استُغنِيَ عنه حُبِسَ لِوَقتِ حاجَتِه) فيُصرَف فيها، لأنه لا بدَّ من العِمارة، فيحبسُه كيلا يتعذَّر عليه وقتَ الحاجة.

(وإن تعذَّر إعادَةُ عَينِه، بِيعَ وصُرِفُ الثَّمَنُ إلى عِمارتِه) صَرْفاً له إلى مصرف الأصل.

---

(١) تحرفت في الأصلين الخطيين إلى: «عليه».

ولا يَقْسِمُه بينَ مُستَحِقِّي الوَقْفِ. ويجُوزُ أن يَجْعَلَ الواقِفُ غَلَّةَ الوَقفِ أو بَعضَها أو الوِلايةَ إليه، فإن كانَ غيرَ مأمُونٍ نَزَعَه القاضِي منه ووَلَّى غيرَه. ومَن بنَى مَسجداً لم يَزُلْ مِلْكُه عنه حتَّى يُفْرِزَه عن مِلْكِه وطَرِيقِه، . . . .

(ولا يَقْسِمُه بينَ مُستَحِقِّي الوَقْفِ) لأنَّ العين حقُّ الله تعالى، وهٰذا منها، فلا يُصرَف إليهم غيرُ حقهم.

قال: (ويجُوزُ أن يَجْعَلَ الواقِفُ غَلَّةَ الوَقفِ أو بَعضَها أو الوِلايةَ إليه) وقد مرّ وجهُه والاختلافُ فيه. (فإن كانَ غيرَ مأمُونٍ نَزَعَه القاضِي منه ووَلَّى غيرَه) نظراً للفقراء، كإخراج الوصيِّ نظراً للصَّغير. وإن شَرَط أن ليس للقاضي عَزْلُه فالشرطُ باطل، لمخالفتِه حُكمَ الشرع. وإن مات القيِّمُ في حياة الواقِفِ نَصَّب غيرَه، لأن الولايةَ له، ووصيُّه بمنزلتِه، لأن ولايتَه للوقف نظريةٌ، وهي فيما ذكرنا، فإن لم يوصِ إلى أحدٍ فالرأيُ للقاضي. ولا يَجعلُ القيمَ من الأجانب ما دام يجدُ من أهلِ بيت الواقِفِ مَن يصلُح لذٰلك، إما لأنه أشفَقُ، أو لأن مِن قَصْد الواقِفِ نسبةَ الوقفِ إليه، وذٰلك فيما ذكرنا، فإن لم يَجد فمِن الأجانب مَن يصلُح، فإن أقام أجنبياً ثم صار من ولدِه مَن يصلُح صَرَفه إليه، كما في حقيقة المِلْكِ.

أربابُ الوقف المعدودون إذا نَصَّبوا متولياً بدون رأي القاضي صحَّ إذا كانوا من أهل الصلاح، كما إذا اجتمع أهلُ مسجدٍ على نَصْبِ متولٍّ جاز، لأن الحقَّ لهم.

قال: (ومَن بنَى مَسجداً لم يَزُلْ مِلْكُه عنه حتَّى يُفْرِزَه عن مِلْكِه وطَرِيقِه) لأنه لا يَخْلُصُ لله تعالى إلا به.

قال: (ويأذَنَ بالصَّلاةِ فيه) عند أبي حنيفة ومحمد، لأنه تسليمٌ، وهو شرطٌ عندهما، وعند أبي يوسف: يصيرُ مسجداً بمجرَّدِ قولهِ: جعلتُه مسجداً، لأن التسليم ليس بشرطٍ، كالإعتاق، والفرق لهما أن العبدَ في يدِ نفسِه، ولا كذٰلك المسجد. والتسليمُ: أن يصلَّى فيه بجماعةٍ في رواية الحسن، لأن المساجدَ بُنِيَتْ للجماعة. ولو صلَّى فيه واحدٌ أو جماعةٌ وُحْداناً: في رواية: لا يصحُّ، وهو قولُ محمدٍ لما بينا، وفي روايةٍ: يصحُّ، لأنه من خصائص المساجدِ، وبها يُتحرَّزُ عن حقوق العباد، قال تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨]، أضافها إلى نفسه إضافةَ اختصاصٍ كالكعبةِ، ولهٰذا لا يصحُّ فيه شرط الخِيار ولا تعيينُه الإمامَ، ولا مَن يصلي فيه، بخلاف غيرِ المساجد حيثُ بقي مملوكاً يُنتَفَعُ به كسائر المملوكات، سُكنى وزراعةً، حتى لو لم يَخْلُص المسجدُ لله تعالى بأن كان تحتَه سِرْداب أو فوقَه بيتٌ، أو جَعَل وَسَطَ دارِه مسجداً وأذِن للناس بالدُّخول والصلاةِ فيه، لا يصيرُ مسجداً، ويُورَثُ عنه، إلا إذا كان السِّردابُ أو العِلْوُ لمصالح المسجد، أو كانا وَقْفاً عليه، وعن محمد: أنه لمَّا دخل الرَّيَّ[1] أجاز ذٰلك بكلِّ حالٍ

---

(١) الرَّي: بفتح الراء وتشديد الياء، قال في «معجم البلدان»: وهي مدينة مشهورة من أمهات البلاد وأعلام المدن، كثيرة الفواكه والخيرات. وقال في «الروض المعطار» ص٢٧٨: تنسب إلى الجبل وليست منه، بل هي أقرب إلى خراسان، وهي بقرب دنباود وطبرستان وقومس وجرجان. قال في القاموس: والنسبة إليها: رازي.

ومَن بنَى سِقايَةً للمُسلِمينَ، أو خاناً لأبناءِ السَّبيلِ، أو رِباطاً، أو حَوضاً، أو حَفرَ بئراً، أو جَعَلَ أرضَه مَقبرَةً أو طَرِيقاً لِلنَّاسِ، لا يَلزَمُ ما لم يَحكُم به حاكِمٌ أو يُعَلِّقَهُ بِمَوتِه، . . . .

لضِيق المنازل. وعن أبي يوسُفَ مثلُه لمَّا دخل بغدادَ. ولو خَرِب ما حولَ المسجدِ وتفرَّقَ الناسُ عنه يعودُ ملكاً ويورَثُ عند محمدٍ، خلافاً لأبي يوسف. وذكر بعضُهم قولَ أبي حنيفة مع أبي يوسف، وبعضُهم مع محمد.

قال: (ومَن بنَى سِقايَةً للمُسلِمينَ، أو خاناً لأبناءِ السَّبيلِ، أو رِباطاً، أو حَوضاً، أو حَفرَ بئراً، أو جَعَلَ أرضَه مَقبرَةً أو طَرِيقاً لِلنَّاسِ) فعند أبي حنيفة (لا يَلزَمُ ما لم يَحكُم به حاكِمٌ، أو يُعَلِّقْهُ بِمَوتِه) على ما تقدَّم من أصله، لأنه لم ينقطع حقُّه عنه، حتى جاز له أن يستقِيَ ويسكُنَ ويَدفِنَ ويشربَ من الحوض، بخلاف المسجدِ لأنه لم يبقَ له فيه حقٌّ. وعند أبي يوسف: يلزمُ بالقول لما تقدَّم أن التسليمَ ليس بشرطٍ. وعند محمد: يُشترط التسليمُ، وهو الاستقاءُ من السِّقاية والبئرِ، والدَّفنُ في المَقبرةِ، والنزولُ في الخان والرِّباطُ، والشربُ من الحوض، ويُكتَفى فيه بِفِعل الواحدِ لتعذُّر الجنس، ولو نَصَّبَ له مُتَولٍّ وسلَّمه إليه جاز، لأنه نائبٌ عن الموقوفِ عليهم، وكذٰلك إذا سلَّم المسجدَ إلى مُتَولٍّ يقوم بمصالحِه يجوز وإن لم يصلِّ فيه، هو الصحيح، وكذا إن سلَّمه إلى القاضي أو نائبه، ويستوي في ذٰلك الفقراءُ والأغنياءُ عُرفاً، ولحاجة الكلِّ إلى ذٰلك.

والوَقْفُ في المَرَضِ وَصِيَّةٌ. رِباطٌ استُغنِي عنه يُصْرَفُ وَقْفُه إلى أقرَبِ رِباطٍ إليه، ولو ضَاقَ المَسجِدُ وبِجَنْبِه طَرِيقُ العامَّةِ يُوَسَّعُ منه المَسجِدُ، ولو ضَاقَ الطَّرِيقُ وُسِّعَ من المَسجِدِ.

قال: (**والوَقْفُ في المَرَضِ وَصِيَّةٌ**) لأنه تبرُّعٌ فصار كسائر التبرُّعات.

قال: (**رِباطٌ استُغنِي عنه يُصْرَفُ وَقْفُه إلى أقرَبِ رِباطٍ إليه**) لأنه أصلَحُ. رِباطٌ على بابِه قَنْطَرَةٌ ولا يُنتفَع بالرِّباط إلا بالعبور عليها، وليس لها وقفٌ يجوزُ أن تُعَمَّرَ بما فَضلَ من وقفِ الرباط، لأنها مصلحةُ العامة.

(**ولو ضَاقَ المَسجِدُ وبِجَنْبِه طَرِيقُ العامَّةِ يُوَسَّعُ منه المَسجِدُ**) لأن كليهما للمسلمين، نصَّ عليه محمد.

(**ولو ضَاقَ الطَّرِيقُ وُسِّعَ من المَسجِدِ**) عملاً بالأصلَح، ويجوزُ القضاءُ بالشهادةِ القائمةِ على الوقف من غيرِ دعوى، لأنه من حقوق الله تعالى، فلا تَحتاج إلى مُدَّعٍ، وهو مجتهدٌ فيه فيَنْفَذ بالإجماع.

فصل

وَقَفَ على الفقراء، وله بنتٌ صغيرةٌ فقيرةٌ، إن وَقَفَ في صحَّتِه يجوزُ الصرفُ إليها، وفي مَرَضِه لا، لأنه بمنزلة الهِبةِ.

اشتَرَى القيِّمُ ثوباً وأعطى المساكينَ لا يجوز، لأن حقَّهم في الدَّراهم.

. . . .

إذا غَرَسَ القيمُ في المسجد، فهو للمسجدِ كالبناء، وإن غَرَسَ على نهر العامَّة فهو له، وله رفعُه، لأنه ليس له ولايةٌ على العامة.

ولا يجوزُ الوقفُ على الأغنياء وحدَهم، لأنه ليس بقُربةٍ، ولا يَستَجلِبُ الثوابَ وصار كالصَّدَقة، ولو وَقَفَ على الأغنياء وهم يُحْصَون، ثم مِن بعدِهم على الفقراء جاز، ويكون كما شَرَطَ، لأنه قربةٌ في الجملة بأن انقَرَضَ الأغنياء.

لو قال: أرضي هٰذه صدقةٌ موقوفةٌ على الفقراء، يدخل فيه فقراءُ قرابتِه وأولادِه، وصَرْفُ الغَلَّةِ إليهم أولى من صرفِها إلى الأجانب، لأنه صَدَقةٌ وصلةٌ، ثم الصرفُ إلى ولدِه أفضلُ، لأن الصِّلةَ في حقِّه أوجبُ وأجزلُ، ثم إلى قرابتِه، ثم إلى مَوَاليه، ثم إلى جيرانِه، ثم إلى أهل مِصْرِه أقربهم منزلاً إلى الوقف، هٰكذا ذكره هلالُ بن يحيى الرازي[1]، وينبغي أن يُعطى لغيرهم الكلّ في بعض الأوقات، لأنه إذا صُرف الكلُّ إليهم دائماً وقَدُم العهدُ رُبَّما اتخذوه ملكاً لأنفسهم، ويُكره أن يُعطى كلُّ فقير مئتي درهمٍ، لأنها صدقةٌ، فأشبهت الزكاةَ، ولا يُكره ذٰلك إذا قال على فقراء قرابتِه، لأنه كالوصيةِ.

وإذا وقَفَ على ولدِه وولدِ ولدِه يدخلُ فيه ولدُه لصُلبه وولدُ ولدِه الموجودين يوم الوقف وبعدَه، ويشتركُ البطنان في الغَلَّةَ، ولا يدخلُ من كان أسفلَ من هٰذين البطنين، لأنه خصهما بالذكر. وفي دُخول

(١) وهو الذي يعرف بهلال الرأي.

أولادِ البناتِ روايتان تُذكر في الوصايا إن شاء الله تعالى. ولو قال: على وُلْدي، ووُلْد ولدي، وأولادِهم، تدخل فيه البطونُ كلُّها وإن سَفَلوا، الأقربُ والأبعدُ فيه سواء، لأنه ذكر أولادَهم على العموم، ولو قال: على أولادي، يدخلُ فيه البطونُ كلُّها، لعموم اسم الأولاد، لكن يقدَّم البطنُ الأولُ، فإذا انقرضَ فالثاني، ثم مَن بعدَهم، يشترك جميعُ البطون فيه على السَّواء قريبُهم وبعيدُهم، لأن المرادَ صلةُ أولادِه وبِرُّهم، والإنسانُ يَقْصِدُ صلةَ ولدِه لصُلبه، لأن خدمتَه إياه أكثرُ، وهم إليه أقربُ، فكان علَّةُ استحقاقِه أرجَحَ، ثم النافلةُ قد يخدِمون الجَدَّ، وكان قصدُ صلتِهم أكثرَ، ومَن عدا هٰذين قلَّ ما يدرِكُ الرجلَ خدمتُهم، فيكون قصدُه برَّهم وصلتَهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له، وهم في النِّسبة إليه سواءٌ فاستوَوا في عِلَّة الاستحقاق.

وَقَف على فقراء قرابتِه، فمَن أثبَتَ القرابةَ والفقرَ بالبيِّنةِ يستحقُّ وإلا فلا، والبينةُ على القرابةِ إن لم يفسِّروها لا تُسمَع الشهادةُ لتنوع القرابةِ واختلافِها، كما إذا شهدوا أنه وارثٌ لا تُقبَل ما لم يفسِّروا جهةَ الإرث، والبيِّنة على الفقرِ لا تُسمَع ما لم يَقُلِ الشهودُ: إنه فقيرٌ مُعدَمٌ لا نعلم له مالاً ولا أحداً تلزمُه نفقتُه، لأن كلَّ من له نفقةٌ على غيرِه بغيرِ قضاءٍ لا حظَّ له في هٰذا الوقف، كالولد الصغيرِ ونحوِه، لأنهم يأخذون النفقةَ فيصيرون بها أغنياءَ، ومَن لا يستحقُّ النفقةَ إلا بقضاءٍ كالإخوةِ ونحوِهم له حظٌّ في هٰذا الوقف، والقضاءُ بفقرِه في الوقف لا يكون

. . . .

قضاءً بفقرِه في حقِّ الدَّين، والقضاءُ بفقرِه في حقِّ الدَّين قضاءٌ بفقرِه في حقِّ الوقف، لأنَّ مَن له مسكنٌ وخادمٌ وعُروض الكفايةِ فقيرٌ في حقِّ الوقف دون الدَّين.

ولو قال: على أقربِ قرابتي، فبنتُ بنتِ البنتِ أولى من الأختِ لأبوين، لأنها من صُلبه، والأختُ من صُلب أبيه، ولا يُعتبر الإرثُ.

فصل

لا تجوزُ إجارةُ الوقف أكثرَ من المدّةِ التي شَرَطها الواقفُ، لأنه يجبُ اعتبار شرط الواقفِ لأنه ملكُه، أخرجه بشرطٍ معلومٍ، فلا يخرُج إلا بشرطِه، فإن لم يَشْرُطْ مدّةً فالمتقدِّمون من أصحابنا قالوا: يجوزُ إجارتُه أيَّ مدةٍ كانت، والمتأخرون قالوا: لا يجوز أكثرَ من سنةٍ لئلا يُتَّخذَ ملكاً بطولِ المدَّةِ، فتندرس سِمةُ الوقفية، ويتَّسمُ بسِمَةِ الملكية، لكثرةِ الظَّلَمةِ في زماننا، وتغلُّبِهم واستحلالِهم، وقيل: يجوزُ في الضِّياع ثلاثَ سنين، وفي غير الضِّياع سنةً، وهو المختار، لأنه لا يرغبُ في الضِّياع أقلَّ من ذٰلك، ولا تجوزُ إجارتُه إلا بأجرِ المِثْل دفعاً للضَّرر عن الفقراء، فلو آجَرَه ثلاثَ سنين بأجرةِ المِثْلِ ثم ازدادت لكثرةِ الرَّغَبات لا تنقضُ الإجارة، لأن المعتبَر أجرُ المِثل يومَ العقد، وليس للموقوف عليه إجارةُ الوقف إلا أن يكون وليّاً من جهةِ الواقِفِ أو نائباً عن القاضي، وإذا آجرَه القاضي أو نائبُه أو الوليُّ لم تنفسخ بموتِه، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم، والعقود لا تنفسخُ بموت الوكيل.

ولو سَكَنَه الموقوف عليه إن شَرَطَ الواقفُ السكنى له فله ذٰلك، وإن شَرَط الغَلَّةَ له، قيل: ليس له ذٰلك، وقيل: له، لأنَّ له أن يُسكِنَها غيرَه بالإجارةِ فهو أولى، والأحوطُ أن يؤجِّرَها القيِّمُ من غيرِه ويعطيَه الأجرةَ، ولا يجوزُ إعارةُ الوقف وإسكانُه، لأن فيه إبطالَ حقِّ الفقراء، ولا يصحُّ رهنُه، فإن سكنَه المرتَهِنُ يجبُ عليه أجرُ مثلِه، وكذا لو باع المتولِّي منزلاً موقوفاً وسكنه المشتري، ثم فسَخَ البيعَ فعلى المشتري أجرُ المِثل، والفتوى في غَصْبِ عقار الوقفِ وإتلافِ منافعِه وجوبُ الضَّمان، نظراً للوقف، وهو المختار، ولو استدان القيمُ للخَراج والجِباياتِ[1] إن أمرَه الواقفُ بذٰلك جاز، وإن لم يأمره فالأصحُّ أنه إن لم يكن له بدٌّ من ذٰلك يرفعُ الأمر إلى القاضي، حتى يأمرَه بالاستدانةِ ثم يرجعُ في الغَلَّة.

قيِّمٌ اشترى من غَلَّة المسجدِ حانوتاً للمسجد، يجوزُ بيعُه عند الحاجة، لأنه من غلَّة الوقف وليس بوقفٍ، لأن صحَّة الوقفِ تعتمدُ الشرائطَ ولم تُوجدْ فيه.

رجلٌ وقَفَ على ساكِني مدرسةٍ كذا من طلبةِ العلم، فسكنها متعلمٌ لا يبيتُ فيها جاز له ذٰلك إن كان يأوي في بيتٍ من بيوتها، وله فيه آلةُ السكنى، لأنه يُعَدُّ ساكناً فيها، ولو اشتَغَلَ بالليل بالحراسةِ وبالنهارِ

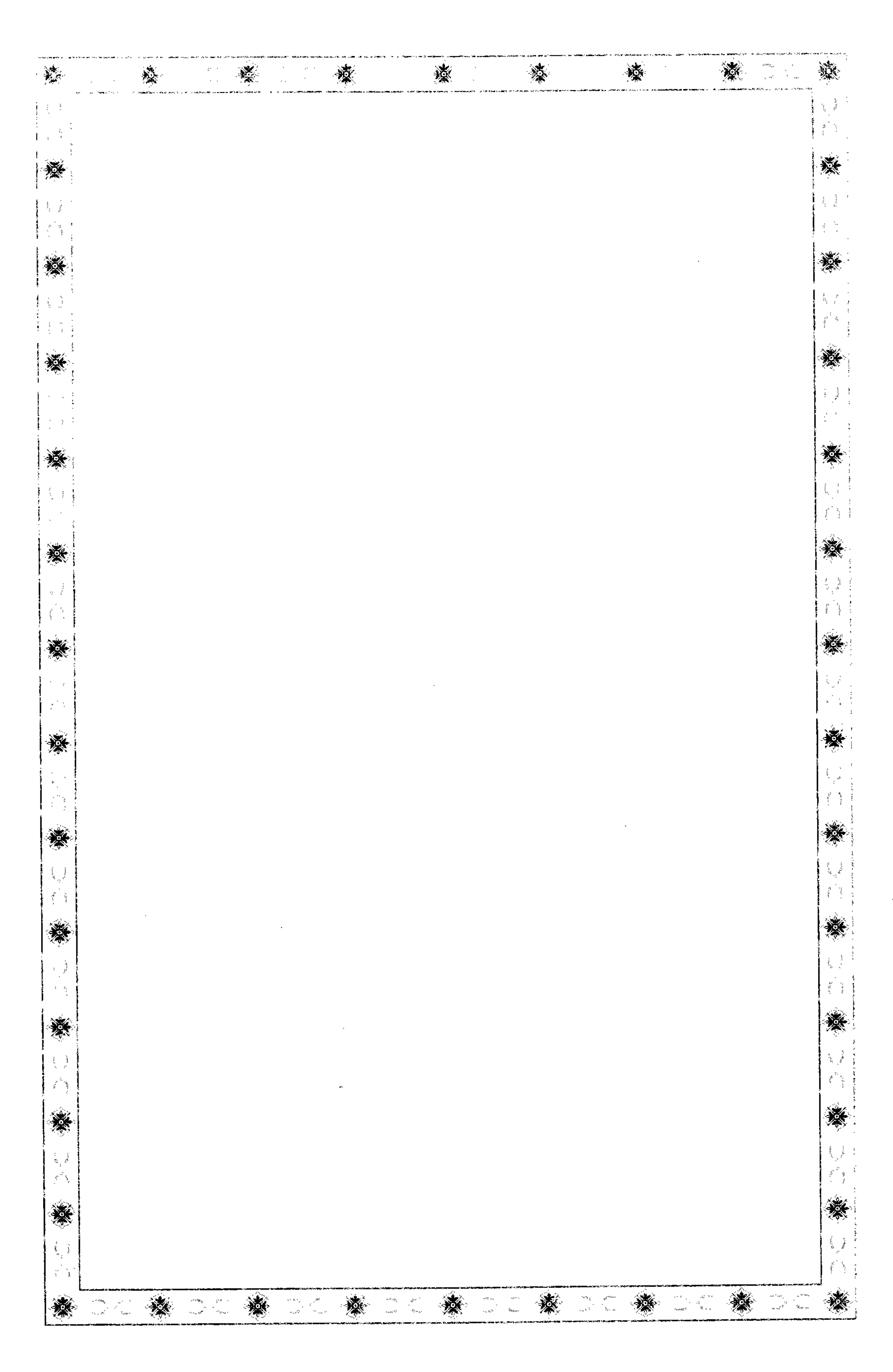
(١) في (م): الجنايات، والمثبت من (س).

. . . .

يقصَرُ في التعليم، فإن كان مشتغلاً بعملٍ آخرَ لا يُعدُّ به من طلبةِ العلم لا يحلُّ له ذٰلك، وإن لم يشتغلْ وهو يعدُّ من طلبة العلم حلَّ.

ولو وقَفَ على ساكني مدرسةٍ كذا، ولم يقل: من طلبةِ العلم، فهو والأوّلُ سواءٌ، لأن التعارف في ذٰلك إنما هو طلبةُ العلم دونَ غيرهم، ومَن كان يكتبُ الفقه لنفسِه ولا يتعلمُ فله الوظيفةُ لأنه متعلِّمٌ، وإن كتب لغيرِه بأجرةٍ لا يحلُّ له، وإن خَرَجَ من المِصر مسيرةَ ثلاثةِ أيامٍ فصاعداً لا وظيفةَ له، لأنه لم يبقَ ساكناً، وإن خرج ما دون ذٰلك إلى بعضِ القُرى وأقامَ خمسةَ عَشَرَ يوماً فلا وظيفةَ له، فإن أقام أقلَّ من ذٰلك فإن كان لا بدَّ له منه كطلبِ القُوت ونحوِه فله الوظيفةُ، وإن خرج للتنزُّه لا يحلُّ له.

❑ ❑ ❑



....

كتاب الهبة

وهي العطيةُ الخاليةُ عن تقدُّمِ الاستحقاق، يقال: وهبتُه ووهبتُ منه ووهبتُ له، قال تعالى: ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴾ [الشورى: ٤٩]، والاتِّهابُ: قَبولُ الهبةِ، ولهٰذا شُرِط فيها القبضُ، لأنَّ تمام الإعطاءِ بالدَّفع والتسليم.

وهي أمرٌ مندوبٌ وصنيعٌ محمودٌ محبوبٌ، قال عليه السلام: «تَهادَوا تَحَابُّوا»[١]، وفي رواية «تَهابَوا»[٢].

وقَبولُها سُنَّةٌ، فإنه ﷺ «قَبِلَ هَدِيَّة العَبْد»[٣]، وقال في حديث

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤)، وأبو يعلى في «مسنده» (٦١٤٨)، والدولابي في «الكنى والأسماء» ١/ ١٥٠ و٢/ ٧، وتمام في «فوائده» (٧١٢)، والبيهقي ٦/ ١٦٩، والمزي في «تهذيب الكمال» ١٣/ ٣١٣-٣١٤. وإسناده حسن كما قال الحافظ في «التلخيص الحبير» ٣/ ٧٠.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في كتابه ص٢٦٥ وبيض له.

(٣) عنى بذٰلك سلمان الفارسي رضي الله عنه وكان عبداً عندما قَدَّم للنبي ﷺ هدية فقبلها منه، وحديثه في «المسند» (٢٣٧١٢)، و«صحيح ابن حبان» (٧١٢٤). وهو حديث محتمل للتحسين. وانظر حديث بريرة بعده.

برِيرةَ: «هو لها صَدَقَةٌ ولنا هَدِيَّةٌ»[1]، وقال عليه السلام «لو أُهدِيَ إليَّ طعامٌ لقبلتُ، ولو دُعيتُ إلى كُراع لأَجَبْتُ»[2]، وإليها الإشارةُ بقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا﴾، أي: طابت نفوسُهن بشيءٍ من ذٰلك، فوهَبْنَه منكم ﴿فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

وهي نوعان: تمليكٌ، وإسقاطٌ، وعليها الإجماع.

قال: (وتَصِحُّ بالإيجابِ والقَبُولِ والقَبْضِ) أما الإيجابُ والقَبولُ فلأنه عقدُ تمليكٍ، ولا بدَّ فيه منهما، وأما القبضُ فلأن الملكَ لو ثَبَتَ بدونِه للزِمَ المتبرِّع شيءٌ لم يلتزمْه، وهو التسلُّم، بخلاف الوصيَّة، لأنه لا إلزامَ للميتِ لعدمِ الأهليةِ، ولا للوارثِ لعدم الملكِ، ولأن الملك بالتبرُّع ضعيفٌ لا يلزم، وملكُ الواهبِ كان قوياً فلا يزول بالسببِ الضعيفِ، وقد روي عن جماعة من الصحابة مرفوعاً وموقوفاً: «لا تَجوزُ الهبةُ والصَّدقةُ إلاَّ مقبوضَةٌ مَحوزَةً»[3]، والمرادُ الملك، لأن الجوازَ ثابتٌ بدونه إجماعاً.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٩٣) من حديث عائشة، وأخرجه أحمد في «المسند» (١٢١٥٩) من حديث أنس، وفيه تمام تخريجه وأحاديث الباب.

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٢٥٦٨) و(٥١٧٨)، وهو في «المسند» (٩٤٨٥)، و«صحيح ابن حبان» (٥٢٩١).

(٣) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٢١ وقال: غريب. ثم عزاه لعبد الرزاق من قول النخعي. قلنا: أخرجه في «مصنفه» (١٦٥٢٩) في كتاب المواهب عن الثوري، عن منصور، عن إبراهيم قال: الهبة لا تجوز حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض. =

فإن قَبَضَها في المَجلِسِ بِغيرِ إذنِه جازَ وبعدَ الافتِرَاقِ يفتَقِرُ إلى إذنِه، وإن كانت في يَدِه مَلَكَها بِمُجَرَّدِ الهِبةِ، . . . .

قال: (**فإن قَبَضَها في المَجلِسِ بِغيرِ إذنِه جازَ، وبعدَ الافتِرَاقِ يفتَقِرُ إلى إذنِه**) والقياس أن لا يجوز في الوجهين إلا بإذنِه، لأنه تصرَّفَ في ملكِ الواهب لبقاءِ ملكِه قبلَ القبض. وجه الاستحسان: أن التمليكَ بالهِبةِ تسليطٌ على القَبْض وإذنٌ له به، فصار الموهوبُ له مأذوناً له في القبض ضِمْناً للإيجاب واقتضاءً، والإيجابُ يقتصرُ على المجلس، فكذا ما ثَبَتَ ضِمْناً له، وكذلك الصدقة، بخلافِ ما إذا نهاه عن القَبْضِ في المجلس، لأنَّ الثابت ضِمْناً لا يعارِض الصَّريحَ. أو نقول: النهي رجوعٌ، والقبضُ كالقَبول، وأنه يملك الرجوعَ قبلَ القَبول.

قال: (**وإن كانت في يَدِه**) كالمُودَع والمستَعِير والمستأجِر والغاصِب (**مَلَكَها بِمُجَرَّدِ الهِبةِ**) لأنه إن كان قبَضَها أمانةً فينوبُ عن الهبةِ، وإن كان ضَمْاناً فهو أقوى من قبض الهبةِ، والأقوى ينوبُ عن الأدنى. ولو وَهَبَ من رجلٍ ثوباً فقال: قبضتُه، صار قابضاً عند أبي حنيفة، وجَعَل تمكُّنَه من القبض كالقبضِ، كالتَّخليةِ في البيع. وقال أبو يوسف: لا بدَّ من القبضِ بيدِه، ولو قَبَضَ الموهوبُ له الهبةَ ولم يقل: قَبِلْتُ. صحَّتِ الهبةُ.

= وأخرجه أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم في كتابه «الآثار» (٧٥١) عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم أنه قال في الهبة والصدقة: لا تجوز إلا مقبوضة معلومة.

وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٢١ و١٢٢، وما سلف ص٥١٧.

وهِبةُ الأبِ لابْنِه الصَّغِيرِ تَتِمُّ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ، ويمْلِكُ الصَّغِيرُ الهِبةَ بِقَبْضِ وليِّه وأُمِّه وبِقَبْضِه بِنَفْسِه. وتَنعَقِدُ الهِبةُ بِقَولِه: وَهَبْتُ ونَحَلْتُ ....

قال: (وهِبةُ الأبِ لابْنِه الصَّغِيرِ تَتِمُّ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ) لأنها في يدِ الأبِ، وهو الذي يقبضُ له، فكان قبضُه كقبضِه، وكلُّ من يعلوه في هٰذا كالأبِ، ولو وَهَبَ لابنِهِ الكبيرِ وهو في عيالِه فلا بدَّ من قبضِه، لأنه لا ولايةَ له عليه، فلا يقبضُ له.

قال: (ويمْلِكُ الصَّغِيرُ الهِبةَ بِقَبْضِ وليِّه وأُمِّه، وبِقَبْضِه بِنَفْسِه) معناه: إذا وهبَه أجنبيٌّ فالوليُّ كالأبِ ووصِيِّه، والجَدِّ ووصيِّه، لقيامهم مقامَ الأب وكذا إذا كان في حِجْرِ أجنبيٍّ يُربِّيه كاللَّقِيط، وقد بيَّنّاه. والأمُّ لها ولايةُ حفظِه، وهٰذا منه، لأنه لا بقاءَ له بدون المال، فاحتاجت إلى ولايةِ التحصيل، وهٰذا منه. وأما قبضُه بنفسِه فمعناه: إذا كان عاقلاً، لأنه تصرُّفٌ نافعٌ، وهو من أهله.

ويجوزُ قبضُ الزوجِ لزوجتِه الصغيرةِ بعد ما زُفَّتْ إليه، لأن الأبَ فوَّض أمرَها إليه، وذٰلك بعد الزِّفاف لا قبله، حتى يملكُه بحضرةِ الأب.

قال: (وتَنعَقِدُ الهِبةُ بِقَولِه: وَهَبْتُ) لأنه صريحٌ فيه، (ونَحَلْتُ) لكثرة استعماله فيه، قال عليه السلام: «أكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَه هٰكذا؟»[1]،

---

(١) أخرجه من حديث النعمان بن بشير البخاري (٢٥٨٦)، ومسلم (١٦٢٣)، وهو في «المسند» (١٨٣٥٤) و(١٨٣٥٨)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٩٧).

وأخرجه من حديث جابر مسلم (١٦٢٤)، وهو في «المسند» (١٤٤٩٢)، و«صحيح ابن حبان» (٥١٥١).

وأعطَيتُ وأطعَمتُكَ هٰذا الطَّعامَ وأعمَرتُكَ، وحَمَلتُكَ على هٰذه الدَّابَّةِ إذا نَوَى الهِبَةَ، وكَسَوْتُكَ هٰذا الثَّوبَ. وهِبَةُ المُشاعِ فيما لا يُقْسَمُ جائزَةٌ، وفيما يُقْسَمُ لا تجُوزُ (ف)، ....

(وأعطَيتُ) صريحٌ أيضاً، (وأطعَمتُكَ هٰذا الطَّعامَ) لأن الإطعامَ صريحٌ في الهبةِ إذا أُضيف إلى المطعوم، لأنه لا يَطْعَمُه إلا بالأكل، ولا أكلَ إلا بالملك، ولو قال: أطعمتُك هٰذه الأرضَ فهو عاريَّةٌ، لأنها لا تُطْعَمُ، (وأعمَرتُكَ) هٰذا الشيءَ، وجعلتُ هٰذه الدارَ لك عُمرى، قال عليه السلام: «مَنْ أعمَرَ عُمرى فهي للمُعمَر له ولورَثَتِه مِن بَعدِه»[1]، (وحَمَلتُكَ على هٰذه الدَّابَّةِ إذا نَوَى الهِبَةَ) لأن المرادَ به الإركابُ حقيقةً، ويستعمل للهبةِ، يقال: حَمَلَ الأميرُ فلاناً على فرسٍ، أي: وهبَه، فيُحمَل عليه عند النية، (وكَسَوْتُكَ هٰذا الثَّوبَ) قال تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، أرادَ تمليكَهم الكِسْوةَ، ويقال: كساه ثوباً إذا وهبَه، ولو قال: منحتُك هٰذه الدارَ وهٰذه الجاريةَ فهي عاريَّةٌ إلا أن ينوي الهبةَ، ولو قال ذٰلك فيما لا يمكن الانتفاع به. مع بقاء عينهِ فهو هبةٌ كالدراهم والدنانيرِ والمطعومِ والمشروبِ.

قال: (وهِبَةُ المُشاعِ فيما لا يُقْسَمُ جائزَةٌ، وفيما يُقْسَمُ لا تجُوزُ) لأن القبضَ شرطٌ في الهبةِ لما روينا، وأنه غيرُ ممكنٍ في المُشاع، ولو

---

(١) أخرجه من حديث جابر مسلم (١٦٢٥)، وهو في «المسند» (١٤٨٧١) و«صحيح ابن حبان» (٥١٣٥). وهو عند البخاري في «صحيحه» (٢٦٢٥) لٰكن بلفظ: قضى النبي ﷺ بالعمرى، أنها لمن وهبت له.

وانظر حديث ابن عمر في «المسند» (٤٨٠١). وانظر تتمة شواهده فيه.

فإن قُسِمَ وسُلِّمَ جازَ، كَسَهْمٍ في دارٍ، واللَّبَنِ في الضَّرْعِ، والصُّوفِ على الظَّهْرِ، وتمرٍ على نخلٍ، وزرعٍ في أرضٍ. ولو وَهَبَهُ دَقِيقاً في حِنْطَةٍ، أو سَمْناً في لَبَنٍ، أو دُهْناً في سِمْسِمٍ فاستَخرَجَه وسَلَّمَه لا يَجُوزُ، ولو وَهَبَ اثنانِ مِن واحِدٍ جازَ، وبالعَكْسِ لا يَجُوزُ (سم)، . . . .

جوَّزناه لكان له إجبارُ الواهبِ على القِسمة، ولم يلتزِمْه، فيكون إضراراً به، وما لا يُقسَم الممكنُ فيه القبض الناقصُ فيُكتَفَى به ضرورةً، ولا يلزَمُه ضررُ الإجبار على القسمةِ ببقاءِ الإجبار على المُهايأة، قلنا: المُهايأةُ في المنافع، ولم يتبرَّع بها، لأن الهبةَ صادفتِ العينَ لا المنافع.

قال: (فإن قُسِمَ وسُلِّمَ جازَ) لأنَّ بالقبضِ لم يَبْقَ شيوعٌ، وذٰلك (كَسَهْمٍ في دارٍ، و) مثلُه (اللَّبَنُ في الضَّرْعِ، والصُّوفُ على الظَّهْرِ، وتمرٌ على نخلٍ، وزرعٌ في أرضٍ) لأن اتصال هٰذه الأشياء كالشيوع من حيثُ إنه يَمنعُ القبضَ، وكذلك لو وهَبَه من شريكِه لا يجوزُ لعدم إمكانِ القبض.

قال: (ولو وَهَبَهُ دَقِيقاً في حِنْطَةٍ، أو سَمْناً في لَبَنٍ، أو دُهْناً في سِمْسِمٍ فاستَخرَجَه وسَلَّمَه لا يَجُوزُ) لأن الموهوبَ معدومٌ، فلا يكون محلاًّ للملك، فبَطَلَ العقدُ، فيحتاجُ إلى عقدٍ جديد، أما المُشاع فمَحَلُّ التمليك حتى جازَ بيعُه دون ذٰلك.

قال: (ولو وَهَبَ اثنانِ مِن واحِدٍ جازَ، وبالعَكْسِ لا يَجُوزُ) أما الأوّلُ: فلأنهما سلَّماها، والموهوبُ له قبَضَها جملةً، فلا شيوعَ ولا

ولو تَصَدَّقَ على فقِيرَينِ جازَ، وعلى غَنِيَّينِ لا يَجُوزُ، ومَنْ وَهَبَ جارِيةً إلاَّ حَمْلَها صَحَّتِ الهِبَةُ وبَطَلَ الاستِثناءُ.

ضررَ في القِسمةِ، وأما الثانية: فمذهبُ أبي حنيفة، وقالا: يصحُّ أيضاً، لأنها هبةٌ واحدةٌ، والتمليكُ واحدٌ، فلا شيوعَ، وصارَ كالرَّهْنِ من اثنين، ولأبي حنيفة أنه وهبَ من كلِّ واحدٍ منهما النصفَ، لأنه يثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما الملكُ في النصف، ألا ترى أنه لو كان فيما لا يُقسَم، فقَبلَ أحدُهما صحَّ في النصف، فكان تمليكاً لِلنِّصف، وأنه شائعٌ، وأما الرهنُ فالمُستحَقُّ فيه الحبسُ، ويثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً[1]، وتمامُه مرَّ في الرّهنِ.

قال: (**ولو تَصَدَّقَ على فقِيرَينِ جازَ**) وكذٰلك لو وَهَبَ لهما، (**وعلى غَنِيَّينِ لا يَجُوزُ**) وقالا: تجوزُ في الغَنيَّين أيضاً لما مرَّ، والفرق لأبي حنيفةَ: أن إعطاءَ الفقيرِ يرادُ به وجهُ الله تعالى، وهو واحدٌ، وسواء كان بلفظِ الصدقةِ أو بلفظِ الهبةِ، وسواءٌ كان فقيراً واحداً أو أكثر، والإعطاءُ للغنيِّ يرادُ به وجهُ الغنيِّ وهما اثنان، فكان مُشاعاً، والصدقةُ على الغنيِّ هبةٌ لأنه ليس من أهل الصدقةِ.

قال: (**ومَنْ وَهَبَ جارِيةً إلاَّ حَمْلَها صَحَّتِ الهِبَةُ وبَطَلَ الاستِثناءُ**) لما تقدَّم أن الاستثناء إنما يعمَلُ فيما يعمَلُ فيه العقدُ، والهبةُ لا تصحُّ في الحمل، فكذا الاستثناءُ، فكان شرطاً فاسداً، والهبةُ لا تبطلُ

---

(١) المثبت من (س)، وفي (م): كاملاً، وهما بمعنى، قال في «اللسان»: وأعطاه المال كملاً، أي: كاملاً.

. . . .

بالشروط الفاسدةِ، لأن النبي عليه السلام أجازَ العُمرى وأبطَلَ شَرْطَ المُعمِرِ[1]، بخلاف البيع فإنه يفسُدُ بالشروط الفاسدةِ، لأنه عليه السلام نَهى عَنْ بيعٍ وشرطٍ[2]. ولو دَبَّر الجَنين ثم وهَبَها لم يَجُزْ، ولو أعتَقَه ثم وهبها جاز، والفرقُ أن المدبَّر مملوكٌ للواهبِ، وأنه متصلٌ بالأم اتصالَ خِلْقَةٍ، فمنعُ صحةِ القبض كالمُشاع، وفي الحُرِّ لم يَبْقَ

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٦٦ وقال: لم يُحرز فيه المخرجون حديثاً وإنما ذكروا جملة من الأحاديث في العمرى والذي يشهد لهٰذا ما رواه أبو داود (٣٥٥٧) من طريق طارق المكي عن جابر بن عبد الله قال: قضى رسول الله ﷺ في امرأة من الأنصار أعطاها ابنها حديقة من نخل، فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتُها حياتَها وله إخوة، فقال النبي ﷺ: هي لها حياتَها وموتها. قال: كنت تصدقت بها عليها. قال: «ذٰلك أبعد لك». قال ابن القطان: إسناده كلهم ثقات، وطارق المكي: هو قاضي مكة مولى عثمان بن عفان رضي الله عنه، وهو ثقة قاله أبو زرعة. انتهى كلامه.

ورواه أحمد في «مسنده» (١٤١٩٧) من طريق آخر عن جابر: أن رجلاً من الأنصار أعطى أمَّه حديقة من نخل حياتَها، فماتت، فجاء إخوته، فقالوا: نحن فيه شرع سواءٌ، فأبى، فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقسمها بينهم ميراثاً. قال في «التنقيح»: رواتهم كلهم ثقات. انتهى.

قلنا: وهو حديث صحيح، لٰكن إسناده ضعيف لانقطاعه، فإن هٰذا الطريق هو من رواية محمد بن إبراهيم بن الحارث عن جابر، ولم يسمع منه. وانظر بسط الكلام عليه وتخريجه في «المسند».

(٢) سلف تخريجه ص٢٩-٣٠.

فصل

ويجُوزُ الرُّجُوعُ فيما يَهبُه للأجنَبِيّ (ف) ....

ملكاً له، فالموهوبُ غيرُ مشغولٍ بحقِّه ولا متصلٌ به، فلا يمنع الصحةَ.

ولو وهبَه جاريةً على أن يُعتِقَها أو يستولِدَها، أو على أن يُدَبِّرها، أو داراً على أن يردَّ عليه شيئاً منها، أو يعوِّضَه عنها شيئاً، فالهبةُ جائزةٌ، والشرطُ باطلٌ، لأنها شروطٌ تخالفُ مقتضى العقدِ، فكانت فاسدةً، وأنها لا تُبطِلَ الهبةَ لما مرَّ.

فصل

المعاني المانعةُ من الرُّجوع في الهبةِ:

المَحْرَميَّةُ من القرابةِ، والزوجيةُ، والمعاوَضةُ، وخروجُها من ملكِ الموهوب له، وحدوثُ الزيادة، والتغييرُ في عينها، وموتُ الواهب أو الموهوبِ له على ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

قال: (**ويجُوزُ الرُّجُوعُ فيما يَهبُه للأجنَبِيِّ**) لقوله عليه السلام: «الواهبُ أَحقُّ بهِبتِهِ ما لم يُثَبْ منها»[1]، أي: ما لم يعوَّض عنها،

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧) من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمِّع بن جارية الأنصاري، عن عمرو بن دينار، عن أبي هريرة. وإسناده ضعيف، لضعف إبراهيم بن إسماعيل.

وأخرجه من حديث ابن عباس الدارقطني (٢٩٧٥). وإسناده ضعيف لضعف إبراهيم بن أبي يحيى ـ أحد رواته ـ. وانظر لفظه فيه.

ويُكْرَه، فإن عَوَّضَه أو زادَتْ زِيادَةً مُتَّصِلَةً أو ماتَ أَحَدُهُما أو خَرَجَتْ من مِلْكِ المَوْهوبِ له فلا رُجُوعَ.

(**ويُكْرَه**) ذٰلك لأنه من باب الخَساسةِ والدَّناءة، وقال عليه السلام: «العائِدُ في هِبتِه كالكلبِ يعودُ في قَيئِه»[1]، شبَّهه به لخَساسةِ الفِعل ودَناءة الفاعل، وتأويلُ قولِه عليه السلام: «لا يحلُّ للواهِبِ أن يَرجِعَ في هِبَتِه إلا الوالدُ فيما يَهَبُ لِوَلَدِه»[2] أي: لا يحلُّ له الرجوعُ من غير قضاءٍ ولا رِضا، إلا الوالدُ فإنه يحلُّ له ذٰلك عند الحاجةِ، وهٰذا الحملُ أولى، جمعاً بين الحديثين.

قال: (**فإن عَوَّضَه أو زادَتْ زِيادَةً مُتَّصِلَةً**) في نفسها (**أو ماتَ أَحَدُهُما، أو خَرَجَتْ من مِلْكِ المَوْهوبِ له فلا رُجُوعَ**) أما إذا عوَّضه فلِما روينا من الحديث، ولأنَّ المقصودَ من الهبةِ التعويضُ عادةً، وقد حصل. وأما الزيادةُ كالسِّمَنِ والكِبَرِ والبناءِ والغَرْسِ والصِّبغ والخياطةِ فلأنه لا يمكنُ الرجوعُ بدون الزيادة، ولا سبيلَ إلى الرجوعِ من الزيادة، لأن العقدَ ما ورَدَ عليها.

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٢٥٨٩)، ومسلم (١٦٢٢)، وهو في «المسند» (١٨٧٢)، و«صحيح ابن حبان» (٥١٢٢).

وانظر حديث عبد الله بن عمرو في «المسند» (٦٦٢٩). وانظر تتمة شواهده هناك.

(٢) أخرجه من حديث ابن عمر وابن عباس أبو داود (٣٥٣٩)، وابن ماجه (٢٣٧٧)، والترمذي (١٢٩٩) و(٢١٣٢)، والنسائي ٦/ ٢٦٥ و٢٦٧-٢٦٨، وهو في «المسند» (٢١١٩)، و«صحيح ابن حبان» (٥١٢٣). وهو حديث حسن.

ولا رُجُوعَ فيما يَهَبُه لِذِي رَحِم مَحْرَمٍ أو زَوجةٍ أو زَوجٍ.

وأما موتُ الواهبِ، فلا سبيلَ للوارثِ عليها، إذ هو أجنبيٌّ من العقد، وأما موتُ الموهوبِ له فللانتقال إلى ورثتِه، والتمليكُ لم يوجَدْ منه، وصار كما إذا انتقَلَ منه حالَ حياتِه، وأما إذا خرجَتْ من ملك الموهوبِ له فلأنه إنما أخرَجَها بتسليطِه، فلا يملك نقضَه كالوكيل.

ونُقصان الموهوب لا يمنعُ الرجوعَ، بأن انتقصَتْ قيمتُه، أو انهَدَم البناءُ، أو وَلَدَت الجارية، إلا أنه لا يرجعُ فيها حتى يَستغنيَ عنها ولدُها.

ولو وهبَه عبداً فشبَّ وازدادت قيمتُه، ثم شاخَ فنَقَصَتْ لا يرجعُ فيه، لأنه ازداد في بَدَنِه وطالَ في جُثَّتِه، ثم انتَقَصَ بوجهٍ آخرَ وهو شيخوختُه فلا يرجع.

قال: (**ولا رُجُوعَ فيما يَهَبُه لِذِي رَحِم مَحْرَمٍ أو زَوجةٍ أو زَوجٍ**) لأن المقصودَ صلةُ الرَّحِم وزيادةُ الأُلْفَةِ بين الزوجين، وفي الرجوع قطيعةُ الرَّحِم والألفة، لأنها تُورِث الوحشةَ والنَّفْرَةِ، فلا يجوزُ صيانةً للرَّحِم عن القطيعةِ، وإبقاءً للزوجيَّة على الأُلفةِ والمودَّةِ، وفي الحديث: «إذا كانت الهبةُ لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ لم يرجعْ فيها»[1]، وسواءٌ كان أحدُ الزوجين مسلماً أو كافراً لشُمولِ المعنى، ولو وَهَبَها ثم أبانَها لم يرجع.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٩٧٣)، والحاكم ٢/ ٥٢، والبيهقي في «السنن» ٦/ ١٨١ من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي ﷺ. فذكره. والحسن لم يسمع من سمرة هٰذا الحديث.

ولو قالَ المَوهُوبُ له: خُذ هٰذا بَدَلاً عن هِبَتِكَ، أو عِوَضَها، أو مُقابَلَتَها، أو عَوَّضَه أجنَبيٌّ مُتَبرِّعاً فقبَضَه، سَقَطَ الرُّجُوعُ، ....

وإن وَهَبَ أجنبيةً ثم تزوَّجها، له الرجوعُ، والمعتبَرُ المقصودُ وقتَ العقد. وإن وَهَبَ لأخيه وهو عبدٌ، له الرجوعُ. وكذٰلك إن وَهَبَ لعبدِ أخيه عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا رجوعَ له، لأن الملكَ وَقَعَ للمولى، فكان هبةً للأخ، وله: أنَّ الهبةَ وقعت للعبد، حتى اعتُبِر قَبولُه وردُّه، والملكُ يقَعُ له، ثم ينتقلُ إلى مولاه عند الفَرَاغ من حاجتِه، حتى لو كان مديوناً لا ينتقلُ إلى المولى، ولا صلةَ بينَه وبين العبد.

(**ولو قالَ المَوهُوبُ له: خُذ هٰذا بَدَلاً عن هِبَتِكَ، أو عِوَضَها، أو مُقابَلَتَها، أو عَوَّضَه أجنَبيٌّ مُتَبرِّعاً فقبَضَه، سَقَطَ الرُّجُوعُ**) لأن هٰذه الألفاظ في معنى المعاوَضَة، وكذٰلك لو قال: خُذ هٰذا مكانَ هِبَتِك، أو ثواباً منها، أو كافأتُك به، أو جازَيتُك عليه، أو أثبتُك، أو نحلتُك هٰذا عن هِبَتِك، أو تصدَّقتُ به عليكَ بدلاً عن هِبَتِك، فهٰذا كلُّه عِوَضٌ، وحكمُه حكمُ الهِبةِ، يصحُّ بما تصحُّ به الهبةُ، ويبطُلُ بما تبطُلُ به، ويتوقف الملكُ فيه على القَبْض، ولا يكون في معنى المعاوضةِ أصلاً. وإن لم يُضِفِ العِوَضَ إلى الهبةِ بأن أعطاه شيئاً ولم يقلْ: عِوَضاً عن هبتِكَ، لا يكون عوضاً، ولكلِّ واحدٍ منهما الرجوعُ، فإن عوَّضَه عن جميع الهبةِ بَطَلَ الرجوعُ في الجميع، قَلَّ العِوَضُ أو كَثُرَ، وإن عوَّضه عن نصفِها فله الرجوعُ فيما بقي، لأن المانعَ التعويضُ، فيتقدَّرُ بقَدَرِه.

ولو استُحِقَّ نِصْفُ الهِبةِ رَجَعَ بنِصْفِ العِوَضِ، وإنِ استُحِقَّ بَعْضُ العِوَضِ لا يَرجِعُ بِشيءٍ (ز)، وإنِ استُحِقَّ جَميعُ العِوَضِ رَجَعَ بالهِبةِ. والهِبةُ بِشَرطِ العِوَضِ يُراعَى فيها حُكمُ الهِبةِ قَبْلَ القَبْضِ، والبَيعِ بَعدَه. . . . .

قال: (ولو استُحِقَّ نِصْفُ الهِبةِ رَجَعَ بنِصْفِ العِوَضِ) لأنه ما عوَّضَه بهٰذا العِوَض إلا ليُسَلِّمَ له جميعَ الموهوب ولم يسلِّم إلا نصفَه، فيرجعُ بنصف ما عوَّضَه.

(وإنِ استُحِقَّ بَعْضُ العِوَضِ لا يَرجِعُ بِشيءٍ) وقال زفر: يرجعُ بحِصَّتِه من الموهوب اعتباراً بالعِوَض الآخر. ولنا أنه لما استُحِقَّ بعضُه ظهَرَ أنه ما عوَّضه إلا بالباقي، وهو يصلُحُ عِوَضاً عن الكل، فلا يرجعُ إلا أن يَرُدَّ الباقي ثم يرجع، لأنه ما أسقَطَ حقَّه في الرجوع بقَبول العِوَض إلا ليُسَلِّم له جميعَ العِوَض، ولم يسلِّمْ، فله ردُّه، وإذا ردَّه بطَلَ التعويضُ، فعاد حقُّ الرُّجوع.

قال: (وإنِ استُحِقَّ جَميعُ العِوَضِ رَجَعَ بالهِبةِ) لما بينا.

قال: (والهِبةُ بِشَرطِ العِوَضِ يُراعَى فيها حُكمُ الهِبةِ قَبْلَ القَبْضِ) فلا يصحُّ في المُشاع، (و) حكمُ (البَيعِ بَعدَه) رعايةً للَّفظ والمعنى. وصورتُه: أن يهبَه عبداً على أن يعوِّضَه عنه ثوباً، فلكلٍّ واحدٍ منهما الامتناعُ ما لم يتقابضا كما في الهبةِ، فإذا تقابضا صار بمنزلةِ البيع يَرُدَّان بالعيبِ، وتجبُ الشفعةُ، وإن استُحِقَّ ما في يدِ أحدِهما رَجَعَ بعِوَضِه إن كان قائماً، وبقيمتِه إن كان هالكاً.

ولا يَصِحُّ الرّجُوعُ إلاَّ بتَراضِيهِما أو بِحُكمِ الحاكِمِ، وإنْ هلَكَ في يَدِه بعدَ الحُكْمِ لم يَضْمَنْ.

فصل

العُمْرَى جائزةٌ لِلمُعْمِرِ في حالِ حَياتِه، ولِوَرَثَتِه بعدَ مَماتِه، ويبطُلُ الشرطُ وهو أن يَجعَلَ دارَه له عُمْرَهُ، فإذا ماتَ تُرَدُّ عليه. . . . .

قال: (ولا يَصِحُّ الرّجُوعُ إلاَّ بتَراضِيهِما أو بِحُكمِ الحاكِمِ) لأنه فصلٌ مجتَهَدٌ فيه مختلفٌ بين العلماء، فله الامتناع، وولايةُ الإلزام للقاضي، وإن تراضيا فقد أبطَلَ حقَّه فيجوز.

(وإنْ هلَكَ في يَدِه بعدَ الحُكْمِ) بالردِّ (لم يَضْمَنْ) لأنه أمانةٌ في يدِه حيث قبَضَه لا على وجه الضَّمان.

فصل

(العُمْرَى جائزةٌ لِلمُعْمِرِ في حالِ حَياتِه، ولِوَرَثَتِه بعدَ مَماتِه ويبطُلُ الشرطُ وهو أن يَجعَلَ دارَه له عُمْرَهُ، فإذا ماتَ تُرَدُّ عليه) لما تقدّم من الحديث، ولما روي أنه عليه السلام أجاز العُمرى وأبطَلَ شرطَ المُعمِر[1]، ولو قال: داري لك عُمْرَى سُكْنَى، أو نُحْلَى سُكْنَى، أو سُكنى صَدَقةٌ، أو صدقةٌ عاريَّةٌ، أو عاريَّةٌ هبةٌ، أو هبةٌ سُكنى، أو سُكنى هبةٌ فهي عاريَّةٌ، لأن ذِكر المنفعةِ وهي السكنى حقيقةٌ في العاريَّةِ، لأن العاريَّةَ تمليكُ المنفعةِ، وتحتملُ الهبةَ، والحملُ على الحقيقة أولى.

---

(١) سلف ص٥٤٠.

والرُّقْبَى باطِلَةٌ (س)، وهي أن تَقُولَ: إن مُتَّ فهي لي، وإن مِتُّ فهي لَكَ.

ولو قال: هبةٌ تسكنُها، فهي هبةٌ، لأن قولَه تسكنُها مشورةٌ وتنبيهٌ على المقصود، وليس بتفسيرٍ، بخلاف قوله: سُكنَى.

قال: (والرُّقْبَى باطِلَةٌ، وهي أن تَقُولَ): داري لكَ رُقبى، ومعناه: (إن مُتَّ فهي لي، وإن مِتُّ فهي لَكَ) كأن كلُّ واحدٍ منهما يُراقبُ موتَ الآخر، لما روى شُريحٌ: أن النبيَّ عليه السلام أجازَ العُمرَى وردَّ الرُّقبَى[1]. ومرادُه الرُّقبَى من الترقُّبِ، أما من الإرقاب ومعناه: رقبةُ داري لك، فإنه يجوز، وهو مَحْمَلُ حديث جابر: أن النبيَّ ﷺ أَجازَ العُمرَى والرُّقبَى[2]. إلا أنه محتملٌ، فلا تثبتُ الهبةُ بالشَّكِّ فتكون عاريَّةً. وقال أبو يوسف رحمه الله: الرقبَى جائزةٌ لحديث جابر، ولأن قوله: داري لك، تمليكٌ، وقولَه: رقبى، شرطٌ فاسد، فلا تبطُلُ الهبةُ. ولهما حديثُ شُريح، ولأنه تعليق الملكِ بالخَطَر فلا يصحُّ، وإذا لم يصحَّ يكونُ عاريّةً عندهما، لأنه يقتضي إطلاقَ الانتفاع به. ولو

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٢٨ وقال: غريب. وذكره ابن قطلوبغا ص٢٦٨ وقال: قال المخرجون: لم نجده. قلت: قد أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» بهذا اللفظ، والله أعلم.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٥٨)، وابن ماجه (٢٣٨٣)، والترمذي (١٣٥١)، والنسائي ٦/ ٢٧٤ بلفظ: «العمرة جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها». وهو عند مسلم (١٦٢٥) بلفظ: «العمرى جائزة». وهو في «المسند» (١٤١٧٢)، و«صحيح ابن حبان» (٥١٢٩).

وانظر حديث أبي هريرة في «المسند» (٨٥٦٧) بلفظ: «العمرى جائزة». وانظر تتمة تخريجه وشواهده هناك.

والصَّدَقَةُ كالهِبةِ إلاَّ أنَّه لا رُجُوعَ فيها. ومَن نَذَرَ أن يَتَصَدَّقَ بِمالِه فهو على جِنْسِ مالِ الزَّكاةِ (ز)، . . . .

قال: جميعُ مالي، أو كلُّ شيءٍ أملِكُه، أو جميعُ ما أملِكُه لفلانٍ، فهو هبةٌ، لأن ملكَه لا يصيرُ لغيرِه إلا بتمليكِه. ولو قال: جميعُ ما يُعرَف بي أو يُنسَبُ إليَّ لفلانٍ، فهو إقرارٌ، لجواز أن يكون للمقَرِّ له، وهو في يدِ المقرِّ يُعرَفُ به ويُنسَبُ إليه.

قال: (**والصَّدَقَةُ كالهِبةِ**) في جميع أحكامِها لأنه تبرُّعٌ (**إلاَّ أنَّه لا رُجُوعَ فيها**) لأن المقصودَ منها الثوابُ، وقد حصل، وكذا الهبةُ للفقيرِ لأن المقصودَ الثوابُ، وكذا لو تصدَّق على غنيٍّ لأنه قد يطلبُ منه الثوابَ بأن يعينَه على النفقةِ لكثرةِ عيالِه، ويؤيدُ ذٰلك أنه عبَّر بالصدقة عنها.

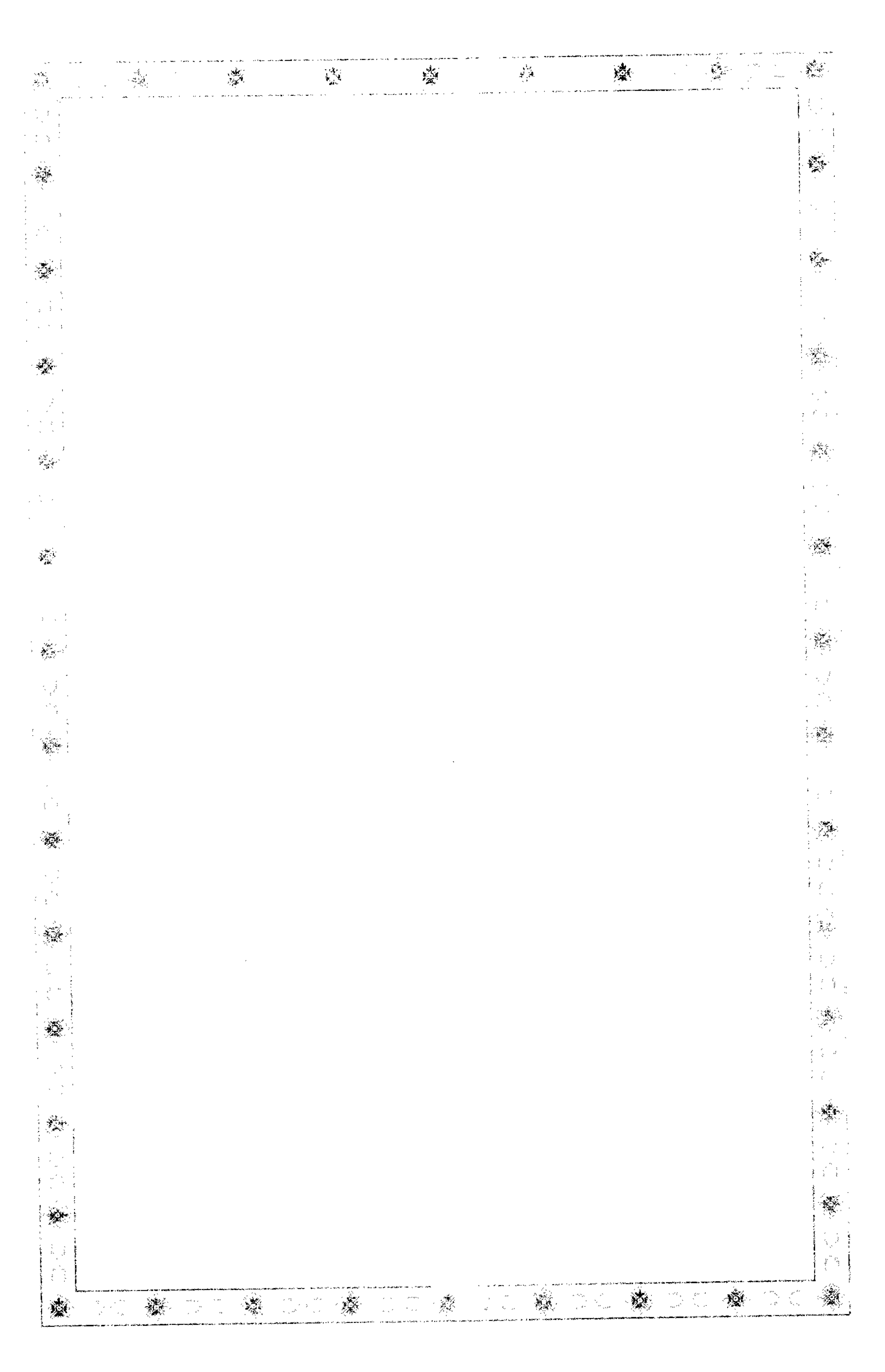
قال: (**ومَن نَذَرَ أن يَتَصَدَّقَ بِمالِه فهو على جِنْسِ مالِ الزَّكاةِ**) لأنَّ إيجابَ العبد معتبَرٌ بإيجابِ الله تعالى، وإيجابُ الله الصدقةَ المضافةَ إلى المال تناولَ أموالَ الزكاة، قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]. فكذا إيجابُ العبدِ، فيتصدَّقُ بالذهبِ والفضةِ وعُروض التجارةِ والسَّوائمِ والغَلَّة والثمرةِ العُشْريَّة والأرضِ العُشْرية، خلافاً لمحمدٍ لأن الغالبَ في العُشر معنى العبادةِ، حتى لا تجبُ على الكافرِ، فكانت في معنى الزكاة، ولا يتصدَّقُ بغير ذٰلك من الأموال لأنها ليست أموالَ الزكاة. وقال زُفر: يتناول جميعَ مالِه، وهو القياسُ عملاً بعُموم اللفظ. وجوابُه ما مرَّ.

وبمُلكِه على الجميع. ويُمْسِكُ ما يُنْفِقُه حتَّى يكتَسِبَ ثُمَّ يتَصَدَّقُ بمِثْلِ ما أمسَكَ.

(و) لو نَذَرَ أن يتصدَّق (بمُلكِه) فهو (على الجميع)، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأوّلُ سواءٌ في الاستحسان، لأن ذكرَ المالِ والملك سواءٌ، وكذلك ذَكَرَ النسفيُّ عنهما. قال: وأبو يوسف فرَّقَ بينهما وقال: لفظةُ المُلكِ أعمُّ عُرْفاً، والأوّل أصحُّ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقةَ إلى المال لا إلى الملكِ وذلك يوجبُ تخصيصَ المال، فبقي الملكُ على عمومِه، فإن لم يكن له سوى مال الزكاة لَزِمَه التصدُّق بالكل بالإجماع.

(ويُمْسِكُ ما يُنْفِقُه حتَّى يكتَسِبَ ثُمَّ يتَصَدَّقُ بمِثْلِ ما أمسَكَ) لأنه لو تصدَّق بالجميع احتاجَ أن يسألَ أو يموتَ جوعاً، وأنه ضررٌ فاحشٌ، فيُمسِكُ قَدْرَ حاجتِه دفعاً للضَّرر عنه، ولم نُقدِّرْه بشيءٍ، لأن الناس يختلفون في ذلك باختلافِ أحوالِهم في النفقات، فالحاصلُ أنه يُمسِكُ مقدارَ كفايتِه في نفقتِه إلى أن يَقْدِرَ على أداء مثلِه. ولو قال: داري في المساكين صدقةٌ، فعَلَيه أن يتصدَّق بها، وإن تصدَّق بقيمتها أجزأه، ولو قال لآخر: كلُّ ما يصلُ إليَّ من مالِكَ فعَلَيَّ أن أتصدَّق به، فوهبَه شيئاً فعليه أن يتصدَّق به، ولو أَذِن له أن يأكلَ من طعامِه لا يتصدَّقُ به، لأن الإباحةَ لا يملكُه إلا بالأكل، وبعدَ الأكل لا يمكنُ التصدُّقُ به.

❑ ❑ ❑



كتاب العاريَّة

. . . .

كتاب العاريَّة

وهي مشتقةٌ من التعاور: وهو التداولُ والتناوبُ، يقال: تعاوَرْنا الكلامَ بيننا، أي: تداوَلْناه. وسُمِّي العقدُ به لأنهم يتداولونَ العين ويتدافعونَها من يدٍ إلى يدٍ، ومن العريَّة وهي العطيَّة، إلا أن العريَّة اختُصَّت بالأعيان، والعاريَّةَ بالمنافع، أو سُمِّيت به لتعرِّيه عن العِوَض.

وهي عقدٌ مستحبٌّ مشروعٌ مندوبٌ إليه، لما فيه من قضاء حاجةِ المسلم، وقد نَدَبَ الشرعُ إليه، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وقال عليه السلام: «لا يزالُ اللهُ في عَونِ المُسلمِ ما دامَ المسلمُ في عَونِ أخيهِ»[1]، وذمَّ تعالى على مَنْعِه فقال: ﴿وَيَمْنَعُونَ

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة مسلم (٢٦٩٩)، وهو في «المسند» (٧٤٢٧)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٤) وهو ضمن حديث وفيه: «واللهُ في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه».

وأخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٢٤٤٢)، ومسلم (٢٥٨٠)، وهو في «المسند» (٥٦٤٦)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٣) بلفظ: «. . . من كان في حاجة أخيه، كان الله عز و جل في حاجته» الحديث.

ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]، أي: العواري من القِدْر والفأسِ ونحوِه، وقال عليه السلام: «العاريَّةُ مردودةٌ»[١]، واستعار ﷺ دُروعاً من صفوانَ[٢].

ولأنَّ التمليك نوعان: بعِوَضٍ، وغيرِ عِوَضٍ، والأعيانُ قابلةٌ للنوعين بالبيعِ والهبةِ، فكذا المنافعُ بالإجارةِ والإعارةِ.

قال: (وهيَ: هِبَةُ المَنافِعِ) وقال الكَرْخيُّ: إباحةُ المنافع، حتى لا يملكُ المستعيرُ إجارةَ ما استعارَ، ولو مَلَكَ المنافعَ لملك إجارَتَها، والأوّل الصحيحُ، لأن المستعيرَ له أن يُعِيرَ، ولو كانت إباحةً لما مَلَكَ

---

(١) أخرجه بهٰذا اللفظ من حديث رجل من الأنصار ابنُ أبي عمر في «مسنده» كما في «المطالب العالية» (١٥٥٦) حدثنا هشام، عن ابن جريج أخبرني أبو العباس، عن رجل من الأنصار قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «العارية مردودة والمنيحة مردودة». وكأن الحافظ ابن حجر لم يستحضر هٰذه الرواية بهٰذا اللفظ، فقال في «التلخيص الحبير» ٣/ ٤٧: ولم أره عندهم بلفظ: «العارية مردودة» كما كرره المصنف ـ الرافعي ـ في «الشرح الكبير».

والحديث بلفظ: «العارية مؤداة»: أخرجه من حديث أبي أمامة أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وهو في «المسند» (٢٢٢٩٤). وإسناده حسن، وصححه ابن حبان (٥٠٩٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٤٧)، وهو في «المسند» (١٥٣٠٢)، و«شرح مشكل الآثار» (٤٤٥٤). وهو حديث حسن. وقد بسطنا القول فيه في «المسند» فانظره هناك.

ولا تَكُونُ إلاَّ فيما يُنْتَفعُ به مع بَقاءِ عَينِه. وَهِيَ أمانَةٌ، ....

ذلك، كمَن أُبيح له الطعامُ ليس له أن يُبيحَه لغيرِه، ولأن العاريَّةَ مشتقةٌ من العَرِيَّة وهي العطيَّة، وإنما لم تَجُزِ الإجارةُ لأنها تمليكٌ مؤقتٌ ينقطعُ حقُّه عنها إلى انتهاء المدةِ، والعاريّةُ تمليكٌ على وجهٍ لا ينقطع عنها متى شاء، فلو جازتِ الإجارةُ يلزم المعيرَ من الضرر ما لم يلتزمْه، ولا رضي به، فلا يجوزُ، أو نقولُ: الإجارةُ أقوى وألْزَمُ من الإعارةِ، والشيءُ لا يَستتبعُ ما هو أقوى منه.

قال: (**ولا تكُونُ إلاَّ فيما يُنْتَفعُ به مع بَقاءِ عَينِه**) اعلم أن الإعارةَ نوعان: حقيقةٌ، ومجازٌ. فالحقيقةُ: إعارةُ الأعيان التي يمكن الانتفاعُ بها مع بقاءِ عينِها، كالثوب والدارِ والعبدِ والدابةِ. والمجازُ: إعارةُ ما لا يمكن الانتفاعُ به إلا باستهلاكِه كالدراهِم والدنانيرِ والمَكِيلِ والموزونِ والعَدَدي المتقارِبِ، فيكون إعارةً صورةً، قرضاً معنى، لأنه رضي باستهلاكِه ببَدَلٍ، فكان تمليكاً ببدلٍ وهو القرضُ. ولو استعارَ دراهم ليُعَيِّرَ بها ميزانَه أو يُزيِّن بها حانوتَه، ليس له أن يتعدَّى ما سَمَّى من المنفعة، ولا يكونُ قرضاً كاستعارةِ الحُلِيِّ.

قال: (**وَهِيَ أمانَةٌ**) لا يضمنُها من غير تعدٍّ، قال عليه السلام: «ليسَ على المُستعيرِ غيرَ المُغِلِّ ضَمَانٌ»[1] ولأنه قبَضَه من يدِ المالك لا على وجه الضمان، لأن اللفظ يقتضي تمليكَ المنافعِ بغير عِوَضٍ لغةً

---

(١) ضعيف، وقد سلف تخريجه ٤٧٢.

وتَصِحُّ بقولكَ: أعَرتُكَ وأطعَمتُكَ هٰذه الأرضَ، وأخدَمتُكَ هٰذا العبدَ، ومَنَحتُكَ هٰذا الثَّوبَ، وحَمَلتُكَ على هٰذه الدابَّةِ إذا لم يُرِدْ بهما الهبةَ، وداري لكَ سُكْنَى، أو سُكْنَى عُمْرَى . . . .

وشرعاً لما بينا، فلم يكن متعدياً، وتأويلُ ما روي: أنه عليه السلام استعارَ دُروعاً من صفوان، فقال: أغصْباً تأخذُها يا محمدُ؟ فقال: «لا، بل عاريَّةٌ مؤدّاةٌ مضمونة»[1] أي: واجبةُ الردِّ، مضمونةٌ بمؤونةِ الردِّ توفيقاً بين الحديثين بالقدرِ المُمكن.

قال: (**وتصحُّ بقولكَ: أعرتُكَ**) لأنه صريح فيه، (**وأطعَمتُكَ هٰذه الأرضَ**) للاستعمال فيه (**وأخدَمتُكَ هٰذا العبدَ**) لأن منفعةَ العبد خدمتُه، وقد أذن له في استخدامه، (**ومَنَحتُكَ هٰذا الثَّوبَ، وحَمَلتُكَ على هٰذه الدابَّةِ إذا لم يُرِدْ بهما الهبةَ**) لما مرّ في الهبة، (**وداري لكَ سُكْنَى**) لأن معناه سكناها لك، (**أو سُكْنَى عُمْرَى**) أي: سكناها لك عُمْرَكَ.

---

(١) سلف ص٥٥٢.

قال ابن قدامة في «المغني» ٧/ ٣٤١: ويجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها إذا كانت تالفة، تعدّى فيها المستعير أو لم يتعدَّ، روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة، وإليه ذهب عطاء والشافعي وإسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شُبرمة: هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي.

وذكر ابن تيمية في «الفتاوى» ٣٠/ ٣١٥ في الوديعة إذا تلفت بغير تفريط ولا عدوان أنه لا ضمان عليه في مذهب أبي حنيفة ومالك وبعض أصحاب الإمام أحمد.

ولِلْمُسْتَعِيرِ أنْ يُعِيرها[1] ....

قال: (**ولِلْمُسْتَعِيرِ أنْ يُعِيرها**)[1] لأنه مَلَكَ المنافعَ فيُمَلِّكُها غيرَه بالإعارة، كالموصَى له بالخدمةِ، بخلاف الإجارةِ على ما مرَّ.

ثم العاريّةُ على أربعة أوجهٍ:

أحدُها: أن تكون مطلقةً في الوقتِ والانتفاعِ، كمَن استعارَ دابةً أو ثوباً ولم يبيِّن وقتاً، ولا عَيَّن من يستعملُه، فله أن يستعملَه في أيِّ منفعةٍ شاء، في أيِّ وقتٍ شاء، ويُرْكِبَ ويُلْبِسَ غيرَه عملاً بالإطلاق، فلو ركبَ هو أو لَبِسَ ليس له أن يُركِبَ غيرَه ولا يُلْبِسَه، وكذا لو أركب غيرَه لا يَركَبُ هو على ما بيناه في الإجارة.

والثاني: أن تكونَ مقيَّدةً فيهما، بأن استعارَه يوماً ليستعملَه بنفسِه، فليس له أن يُركِبَ غيرَه ولا يُلبسَه غيرَه لاختلاف ذٰلك باختلاف المستعمِلين، وله أن يُعيرَها للحَمْلِ لأنه لا يتفاوت، وكذا له أن يُعير العبدَ والدارَ لعدم التفاوت.

والثالث: إذا كانت مطْلَقةً في الوقت مقيَّدةً في الانتفاع بأن استعارَها ليَحمِلَ عليها حنطةً فله أن يحمِلَ الحنطةَ متى شاء.

والرابع: إذا كانت مقيدةً في الوقت مطلقةً في الانتفاع، بأن استعارَ دابةً يوماً ولم يُسَمِّ ما يَحملُ عليها، فله أن يَحمِلَ ما شاء في اليوم، فإن

---

(١) زاد هنا في مطبوعة أبي دقيقة: «إن لم يختلف باختلاف المستعملين، وليس له إجارتها» ولم ترد هٰذه العبارة في أيٍّ من الأصلين الخطيين اللذين اعتمدناها في تحقيق هٰذا الكتاب.

فإنْ آجَرَها فهلَكَتْ ضَمِنَ، فللمُعِيرِ أن يُضَمِّنَ المُستَعيرَ، ولا يَرجِعُ على المُستأجِرِ ويَرجِعُ على المُستَعيرِ، فإنْ قَيَّدها بِوَقتٍ أو مَنفعةٍ أو مكانٍ ضَمِنَ بالمُخالَفةِ إلاَّ إلى خَيرٍ. وعِندَ الإطلاقِ له أن يَنتَفِعَ بها جمِيعَ أنواعِ مَنفَعتِها ما شاءَ ما لم يُطالِبْه بالرَّدّ، ولو أعارَ أرضاً لِلبناءِ والغَرْسِ فله أن يَرجِعَ

أمسَكَها بعدَ الوقت ضَمِن إن انتفع بها في اليوم الثاني، وقيل: يضمنُ بمجرَّدِ الإمساك، لأنه أمسَكَ مالَ الغير بغيرِ إذنِه، وإن اختلفا في الوقتِ والمكانِ وما يَحمِلُ عليها فالقولُ للمُعير مع يمينِه لأن الإذنَ منه يُستفاد، فثبت بقَدْرِ ما أقرَّ به، وما زاد فالمُستعيرُ مستعمِلٌ فيما لم يُؤذَنْ له فيَضْمَنُ.

قال: (فإنْ آجَرَها فهلَكَتْ ضَمِنَ) لأنه متعدٍّ حيث تصرَّفَ في ملكِ الغَير بغيرِ أمرِه، فكان غاصباً (فللمُعِيرِ أن يُضَمِّنَ المُستَعيرَ) لما بينا، (ولا يَرجِعُ على المُستأجِرِ) لأنه تبيَّن أنه آجَرَه مِلْكَه، وله أن يضمِّن المستأجرَ لأنه قبَضَ مالَه بغيرِ أمرِه، (ويَرجِعُ على المُستَعيرِ) إذا لم يعلم أنه عاريةٌ دفعاً لضَرر الغُرور عنه، بخلاف ما إذا عِلَم.

قال: (فإنْ قَيَّدها بِوَقتٍ أو مَنفعةٍ أو مكانٍ ضَمِنَ بالمُخالَفةِ إلاَّ إلى خَيرٍ) وقد بيناه بتمامه في الإجارة.

(وعِندَ الإطلاقِ له أن يَنتَفِعَ بها جمِيعَ أنواعِ مَنفَعتِها ما شاءَ ما لم يُطالِبْه بالرَّدّ) عملاً بالإطلاق.

قال: (ولو أعارَ أرضاً لِلبناءِ والغَرْسِ فله أن يَرجِعَ) لأنه عقدٌ غيرُ لازِمٍ، وهٰذا لأن المنافع توجَدُ شيئاً فشيئاً، وتُمْلَكُ كذاك، فما لم يوجَدْ

ويُكَلِّفَه قَلْعَهما، وإن وَقَّتَ وأخَذَها قَبلَ الوقتِ كُرِهَ ذٰلك، ويَضْمَنُ للمُستَعِيرِ قِيمَتَه ويَمْلِكُه، ولِلمُستَعِيرِ قَلْعُه إلاَّ أن يكُونَ فيه ضَرَرٌ كثيرٌ بالأرضِ، فإن قَلَعَهما فلا ضَمانَ عليه، . . . .

بعدُ ولم[1] يُقبَضْ فله الرجوعُ فيه. وقال عليه السلام: «العارِيَّةُ مَرْدُودَةٌ»[2].

قال: (ويُكَلِّفَه قَلْعَهما) لأنه لما صحَّ الرجوعُ بقي المستعيرُ شاغلاً مِلْكَ الغَير، فعليه تفريغُها، فإن لم يكن وقتٌ فلا شيءَ عليه، لأنَّ ما أصابَ المستعيرَ إنما أصابَه بفعلِ نفسِه.

(وإن وَقَّتَ وأخَذَها قَبلَ الوقتِ كُرِهَ ذٰلك) لأنه أخلَفَ وعده (ويَضْمَنُ للمُستَعِيرِ قِيمَتَه ويَمْلِكُه) نظراً للجانِبَين. وقال زُفر: لا ضمانَ عليه لأنه لما علم أنَّ له ولايةَ الأخذ فقد رضي بذٰلك. ولنا أنه غرَّه بالتأقيت، إذ الظاهرُ الوفاءُ بالوعد، فترجع إليه إذا أخلَفَ، لأن ما أصابَه إنما أصابَه من جهتِه، بخلاف غيرِ المؤقَّت.

(ولِلمُستَعِيرِ قَلْعُه) لأنه مَلَكه (إلاَّ أن يكُونَ فيه ضَرَرٌ كثيرٌ بالأرضِ) فيخيَّر المعيرُ، لأن الأصلَ له، وهو راجحٌ على التَّبَع (فإن قَلَعَهما فلا ضَمانَ عليه) وقيل: إذا كلَّفَه المعيرُ قَلْعَهما قَلَعهما، ويَضمَنُ المعيرُ ما نقَصا بالقلع، لأنه خَدَعَه حيث ضَمِن له الوفاءَ إلى آخر الوقت الذي وقَّته، ولم يَفِ له.

---

(١) في (س): «لم»، والمثبت من (م).

(٢) سلف تخريجه ص٥٥٢.

وإن أعارَها لِلزِّراعةِ فليسَ له أخذُها قَبْلَ حصادِه وإن لم يُوَقِّتْ. وأُجرَةُ رَدِّ العارِيَّةِ على المُستَعِيرِ، والمُستأجَرِ على الآجِرِ، وإذا رَدَّ الدَّابَّة إلى إصطَبْلِ مالِكِها بَرِئ، . . . .

قال: (**وإن أعارَها لِلزِّراعةِ فليسَ له أخذُها قَبْلَ حصادِه وإن لم يُوَقِّتْ**) فتبقى بالأجرةِ، لأنَّ فيه مراعاةَ الجانبين دفعاً للضَّرر[1] عن المستعير ومراعاةَ حقِّ المُعير، لأن بقاءَه مدةٌ قليلةٌ، بخلاف الغَرْس والبناء، لأنه لا نهايةَ لهما، فيُقلَعُ دفعاً لضَرر المُعير.

دَخَل الحمَّام واستعمَلَ قِصاعَ الحَمَّاميِّ فانكسرت، أو أخذ كُوزَ الفُقَّاع[2] ليشرب فانكسَرَ، أو دَخَلَ منزلَ رجلٍ بإذنهِ فأخذ منه إناءً بغير إذنِه لينظرَ إليه أو ليشربَ فوقع من يدِه فانكسَرَ فلا ضمانَ عليه لأن مأذونٌ في ذٰلك دِلالةِ.

استعار كتاباً ليقرأ فيه فوَجَدَ فيه خطأً، إن علم أن صاحبَه لا يكره إصلاحَه أصلَحَه وإلا فلا، والظاهرُ أنه لا يكره فلا بأس به.

قال: (**وأجرَةُ رَدِّ العارِيَّةِ على المُستَعِيرِ**) لأنَّ قَبْضَه لمنفعتِه، فوجب الردُّ عليه، والأجرةُ مَؤُونةُ الردِّ. (و) أجرةُ ردِّ (**المُستأجَرِ على الآجِرِ**) لأن منفعةَ القبضِ حصلت له وهي الأجرةُ، فلا يكون الردُّ واجباً على المستأجِر، فلا يلزمُه الأجرةُ.

قال: (**وإذا رَدَّ الدَّابَّة إلى إصطَبْلِ مالِكِها بَرِئَ**) استحساناً، والقياسُ أن لا يبرأَ لعدم الردِّ إلى المالك. وجهُ الاستحسان: أن العادةَ جرَت

---

(١) في (س): دفع الضرر، والمثبت من (م).

(٢) الفُقَّاع: شراب يتخذ من الشعير.

وكذا رَدُّ الثَّوبِ إلى دارِه ومعَ مَن في عِيالِه أو عَبدِه أو أجِيرِه الخاصِّ بَرِئَ.

بالردِّ إلى الإصطبل، فإنه لو سَلَّمها إليه ردَّها إلى الإصطبل، والمعتادُ كالمنصوص عليه؛ ولو كان عبداً فردَّه إلى دار مالكِه فكذٰلك.

(وكذا رَدُّ الثَّوبِ إلى دارِه) لما بينا.

(و) لو ردَّ العاريَّةَ **(معَ مَن في عِيالِه أو عَبدِه أو أجِيرِه الخاصِّ بَرِئَ)** لأنها أمانةٌ، فصارت كالوديعة، وكذا لو ردَّها إلى عبدِ المُعير أو مَن في عيالِه بَرِىءَ، لأن المالك يحفظُها بهٰؤلاء عادةً، وقيل: المرادُ بالعبد: الذي يقومُ عليها، وذكر في «المنتقى»: لو كانت العاريَّةُ شيئاً نفيساً كالجَوهَرِ ونحوِه لا يَبرأ بالردِّ إلى هٰؤلاء، لأنه لم تَجْرِ العادةُ بطرحِه في الدار وتسليمِه إلى غِلْمانِه. والمستأجِر في ردِّ العين المستأجَرةِ كالمُستعير.

وفي الغَصبِ لا يَبرأُ في الجميع إلا بالرَّدِّ إلى مالكِه، لأن ضمانَ الغَصبِ واجبٌ، فلا يسقطُ إلا بالردِّ إلى المالك أو نائبِه حقيقةً، بخلافِ العاريَّةِ لأنها غيرُ مضمونةٍ.



كتاب الغَصْبِ

وهو أخْذُ مالٍ مُتَقَوّم مُحتَرَمٍ مَملُوكٍ لِلغَيرِ بِطَرِيقِ التَّعَدِّي، . . . .

كتاب الغصب

(وهو) في اللغة: أخذُ الشيءِ ظُلْماً، يقال: غصبتُه منه وغصبتُه عليه بمعنى، قال تعالى: ﴿يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ [الكهف: ٧٩]، أي: ظلماً، ويُستعمل في كلِّ شيءٍ، يقال: غصبتُ ولدَه وزوجتَه.

وفي الشرع: (أخْذُ مالٍ مُتَقَوّم مُحتَرَمٍ مَملُوكٍ لِلغَيرِ بِطَرِيقِ التَّعَدِّي) واشترط أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ كونَ المغصوب قابلاً للنقلِ والتحويلِ على وجهٍ يتضمَّنُ تفويتَ يدِ المالك، ولم يشترطْه محمدٌ، ويظهرُ في غصبِ العَقارِ على ما نبينُه إن شاء الله تعالى.

ولو استَخدم مملوكَ غيرٍ بغير أمرِه[١]، أو أرسَلَه في حاجتِه، أو ركبَ دابتَه، أو حمل عليها، أو ساقها فهَلَكَتْ كان غاصباً، لأنه أثبتَ اليدَ المفوّتة. ولو جَلَسَ على بساطِ الغَير أو هبَّتِ الريحُ بثوبِ إنسانٍ فألقَتْه في حِجْرِه لا يكون غاصباً ما لم ينقله أو يُمْسِكْه، وهو تصرُّفٌ منهيٌّ عنه حرامٌ، لكونه تصرّفاً في مال الغَير بغيرِ رضاه، قال الله تعالى:

---

(١) في (م): غيره بغير إذنه، والمثبت من (س).

﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولأن حُرمة مالِ المسلم كحُرمة دَمِه. قال عليه السلام: «كُلُّ المُسلم على المُسلم حرامٌ دَمُه وعِرْضُه ومالُه»[1]، وقال ﷺ: «لاَ يحلُّ مَالُ امرئٍ مُسلم إلاَّ بطيبَةِ نَفْسٍ منه»[2].

وعلى حُرمتِهِ الإجماعُ، وهو من المحرَّمات عَقْلاً، لأن الظلمَ حرامٌ عقلاً على ما عُرف في الأصول.

والغصبُ على ضَرْبين: أحدُهما لا يتعلق بهِ إثمٌ، وهو ما وَقَع عن جهلٍ، كمن أتلَفَ مالَ الغير وهو يظنُّ أنه ملكُه، أو مَلَكَه ممن هو في يدِه وتصرَّف فيه فاستهلكَه ثم ظهرَ أنه لغيرِ ذٰلك، فلا إثمَ عليه. قال

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة مسلم (٢٥٦٤)، وهو في «المسند» (٧٧٢٧).

(٢) أخرجه من حديث عم أبي حُرَّة الرَّقاشي ضمن حديث مطول أحمد في «مسنده» (٢٠٦٩٥) وهو حديث صحيح لغيره.

وأخرجه أحمد في «مسنده» (١٥٤٨٨) من حديث عمرو بن يثربي، وفي سنده عمارة بن حارثة الضمري، انفرد بالرواية عنه عبد الرحمٰن بن أبي سعيد، ولم يؤثر توثيقه عن غير ابن حبان. لٰكنه يتقوى بما قبله.

وأخرجه أحمد في «مسنده» (٢٣٦٠٥) من حديث أبي حميد الساعدي، وإسناده صحيح، ولفظه: «لا يحل لامرئٍ أن يأخذ مال أخيه بغير حقه». وبإثر الحديث (٢٣٦٠٥): جاء الحديث بلفظ: «لا يحل للرجل أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه».

عليه السلام «رُفِعَ عن أُمتي الخطأُ والنِّسيانُ»[1] الحديث، ومعناه: الإثمُ. والثاني: يتعلق به الإثمُ، وهو ما يأخذُه على وجه التعدِّي، فإنه يأثَمُ بأخذِه وإمساكِه.

قال: (ومَنْ غَصَبَ شيئاً فعَليه رَدُّه في مكانِ غَصْبِه) لقوله عليه السلام: «على اليَدِ ما أخَذَتْ حتى تَرُدَّ»[2]، وقال عليه السلام: «لا يأخُذْ أحدُكُم مَتَاعَ أَخيهِ لا جاداً ولا لاعباً، فإذا أخذَ أحدُكُم عَصا أخيهِ فليردَّها عليهِ»[3]، ولأنه يجبُ عليه رفعُ الظلمِ وذٰلك بما ذكرنا. ويردُّه

---

(١) أخرجه ابن حبان في «صحيحه»(٧٢١٩) بإسناد صحيح من طريق بشر ابن بكر، عن الأوزاعي، عن عطاء بن أبي رباح، عن عبيد بن عمير، عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنِّسيان، وما استكرهوا عليه».

وأخرجه ابن ماجه (٢٠٤٥) من طريق الأوزاعي، عن عطاء، عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وفيه انقطاع، فإن عطاء لم يسمعه من ابن عباس.

(٢) حديث حسن لغيره، أخرجه أبو داود (٣٥٦١)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وهو في «المسند» (٢٠٠٨٦).

ويشهد له حديث صفوان السالف تخريجه في ص٥٥٢.

ومعنى الحديث: أن من أخذ مال أحدٍ بغصب أو عارية أو وديعة لزمه ردُّه. انظر «مرقاة المفاتيح» ٣/ ٣٥١.

(٣) أخرجه من حديث يزيد بن أبي السائب بن يزيد أبو داود (٥٠٠٣)، والترمذي (٢١٦٠)، وهو في «المسند» (١٧٩٤٠). وإسناده صحيح.

فإن هَلَكَ وهو مِثْليّ فعَلَيه مِثْلُه، وإنْ لم يَكُنْ مِثْلِيّاً فعَليه قيمَتُه يومَ غَصْبِه، وإن نَقَصَ ضَمِنَ النُّقْصَانَ، وإذا انقطَعَ تَجِبُ قِيمَتُه يومَ القضَاءِ (سم)،

في مكان غصبِه، لأن القيمةَ تتفاوتُ بتفاوتِ الأماكن، والأعدَلُ ما ذكرنا.

قال: (**فإن هَلَكَ وهو مِثْليّ فعَلَيه مِثْلُه**) قال تعالى: ﴿ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولأن المِثْلَ أعدلُ لوجود الماليةِ والجنسِ.

(**وإنْ لم يَكُنْ مِثْلِيّاً**) كالحيوان والعَدَدِي المتفاوتِ والمذروع (**فعَليه قيمَتُه يومَ غَصْبِه**) لأن القيمةَ تقومُ مقامَ العين من حيثُ الماليةُ عند تعذُّر المُماثَلة، دفعاً للظلم وإيصالاً للحقِّ إلى مستحِقِّه بقَدْر الإمكان، وسواء عَجَزَ عن ردِّه بفعلِه أو فعلِ غيرِه، أو بآفةٍ سماويةٍ، لأنه بالغَصْب صار متعدِّياً، ووجب عليه الردُّ، وقد امتنعَ، فيجبُ الضمانُ، وتجبُ القيمةُ يومَ الغصب، لأنه السببُ وبه دَخَلَ في ضمانِه.

(**وإن نَقَصَ ضَمِنَ النُّقْصَانَ**) اعتباراً للجزء بالكُل.

(و) أما المثليُّ (**إذا انقطَعَ تَجِبُ قِيمَتُه يومَ القضَاءِ**) عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يومَ الغَصْب، وقال محمد: يومَ الانقطاع، لأن الواجبَ المِثْلُ، وينتقلُ إلى القيمةِ بالانقطاع، فيُعتَبر يومئذٍ. ولأبي يوسف أنه لما انقَطَع التَحَقَ بذوات القِيَم فتُعتبر قيمتُه يومَ الغصْب، إذ هو السبب الموجِبُ. ولأبي حنيفة أن الانتقال بقضاءِ القاضي لا بالانقطاع، حتى لو لم يتخاصما حتى عادَ المِثْلُ وَجَبَ، فإذا قضَى

وإنِ ادَّعَى الهلاكَ حَبَسَه الحاكِمُ مُدَّةً يَعلَمُ أنَّها لو كانت باقِيةً أظهَرَها ثُمَّ يَقْضِي عليه ببَدَلِها، والقولُ في القِيمَةِ قولُ الغاصِبِ مع يمِينِه، فإذا قُضِيَ عليه بالقيمَةِ مَلَكَه مُستَنِداً إلى وَقتِ الغَصْبِ، وتَسْلَمُ له الأكْسابُ ولا تَسْلَمُ الأولادُ،

القاضي تُعتَبر القيمةُ عنده بخلاف ذوات القيمةِ لأنه مطالَبٌ بها من وقتَ وجودِ السبب وهو الغَصْبُ، فتُعتبر قيمتُه عند السبب.

قال: (**وإنِ ادَّعَى الهلاكَ حَبَسَه الحاكِمُ مُدَّةً يَعلَمُ أنَّها لو كانت باقِيةً أظهَرَها، ثُمَّ يَقْضِي عليه ببَدَلِها**) لأن الظاهر بقاؤها وقد ادّعى خلافَه، ونظيرُه إذا طُولب بثمنِ المَبيع فادّعى الإفلاسَ، وقد مرَّ في الحَجْر، فإذا حبسه المدّةَ المذكورةَ قضي بالبَدَل لما مرّ.

قال: (**والقولُ في القِيمَةِ قولُ الغاصِبِ مع يمِينِه**) لأنه ينكرُ الزيادةَ، وإن أقام المالك البيِّنةَ على الزيادة قُضي بها لأنها حُجةٌ مُلزِمة.

قال: (**فإذا قُضِيَ عليه بالقيمَةِ مَلَكَه مُستَنِداً إلى وَقتِ الغَصْبِ**) لأنه قابلٌ للنقل من ملكٍ إلى ملكٍ، وقد مَلَكَ المالكُ[1] بدلَه، فيملكُ الغاصبُ المُبَدلَ لئلا يجتمعَ البدلُ والمبدَلُ في ملكٍ واحدٍ، دفعاً للضرر عنه.

(**وتَسْلَمُ له الأكْسابُ**) للتبعيَّةِ (**ولا تَسْلَمُ الأولادُ**)[2] لأن تبعيَّتَهم فوق تبعيَّةِ الأكساب. ألا تَرى أن ولَدَ المدبَّر والمكاتَبِ مدَّبرٌ ومكاتَبٌ، ولا تكون أكسابُهما مدبَّراً ومكاتَباً.

---

(١) في (س): مالك، والمثبت من (م).

(٢) في (س): للأولاد، والمثبت من (م).

فإذا ظَهَرتِ العَينُ وقِيمَتُها أكثرُ وقد ضَمِنَها بنُكُولِه أو بالبيِّنةِ، أو بقولِ المالِكِ، سَلِمَتْ لِلغاصِبِ، وإن ضَمِنها بيَمِينِه فالمالِكُ إن شاءَ أمضَى الضَّمانَ، وإن شاءَ أخَذَ العينَ وردَّ العِوَضَ، ويَضْمَنُ ما نَقَصَ العَقارُ بفِعلِه، ولا يَضمَنُه لو هَلَكَ لا بِفعْلِه (م)، ....

قال: (فإذا ظَهَرتِ العَينُ وقِيمَتُها أكثرُ وقد ضَمِنَها بنُكُولِه أو بالبيِّنةِ، أو بقولِ المالِكِ، سَلِمَتْ لِلغاصِبِ) لأنه مَلَكها برضاءِ المالك حيثُ ادَّعى هٰذا القَدْر.

(وإن ضَمِنها بيَمِينِه فالمالِكُ إن شاءَ أمضَى الضَّمانَ، وإن شاءَ أخَذَ العينَ وردَّ العِوَضَ) لأنه ما رضي به، وإنما أخذَه لعَجْزِه عن الوصول إلى كمال حقِّه، كالمُكْرَه، وكذا لو ظَهَر وقيمتُه مثلُ ما ضَمِن أو أقلّ، لأنه لم يرضَ حيثُ لم يُعطِه ما ادّعاه، فيثبُتُ له الخيار.

قال: (ويَضْمَنُ ما نَقَصَ العَقارُ بفِعلِه، ولا يَضمَنُه لو هَلَكَ لا بِفعْلِه) وقال محمد: يضمنُ العقارَ بالغَصْب. وصورتُه: أن من سَكَنَ دارَ غيرِه أو زَرَع أرضَ غيرِه بغير إذنِه ثم خَرِبتِ الدارُ أو غرِقَ العقارُ، لمحمد: أنه تحقَّقتِ اليدُ العاديةُ، ويلزم من ذٰلك زوالُ يد المالك، لأن اجتماع اليدين في محلٍّ واحدٍ في زمانٍ واحدٍ مُحالٌ، فتحقَّق الغصبُ، ولأن كلَّ حُكم يتعلَّق بالنقل فيما يُنقَل يتعلق بالتخلية فيما لا يُنقَل لدخول المَبيع في ضمان المشتري.

فإنْ نَقَصَ بالزّراعةِ يَضْمَنُ النُّقصانَ، ويأخُذُ رأسَ مالِه ويَتَصَدَّقُ بالفَضْل،

ولهما قوله عليه السلام: «مَن غَصَبَ شِبراً مِن أرضٍ، طَوَّقه اللهُ تعالى مِن سَبْعِ أرَضينَ»[1] والنبيُّ عليه السلام ذكر الجزاءَ في غَصْب العقارِ ولم يذكرِ الضَّمان، ولو وَجَبَ لذَكَرَه، ولأن هٰذا تصرّفٌ في المالك، لأن العقار لم يَزُلْ عن مكانِه الذي كانت يدُ المالك ثابتةً عليه، والتصرّفُ في المالك لا يوجبُ الضَّمان، كما لو مَنَعه عن حفظِ مالِه حتى هَلَكَ، ولأن ما لا يجبُ القطعُ بسرقتِه لا يتعلق به ضمانُ الغاصِبِ كالحُرّ. وأما إذا هَدَمَ البناءَ وحَفَرَ الأرضَ فيضمنُ، لأنه وُجد منه النقلُ والتحويلُ، وأنه إتلاف، ويضمنُ بالإتلاف ما لا يضمنُ بالغَصْب كالحُرّ. وما انهَدَم بسُكناه فقد تَلِفَ بفعلِه، والعَقار يُضْمَن بالإتلاف وإن لم يُضْمَن بالغَصْبِ، ولأنه تصرُّفٌ في العين.

(فإنْ نَقَصَ بالزّراعةِ يَضْمَنُ النُّقصانَ) لما مرَّ (ويأخُذُ رأسَ مالِه ويَتَصَدَّقُ بالفَضْل) معناه: يأخذُ من الزرعِ ما أخرج عليه من البذر وغيرِه، ويتصدقُ بالفضل.

---

(١) أخرجه من حديث سعيد بن زيد البخاري (٢٤٥٢)، ومسلم (١٦١٠)، وهو في «المسند» (١٦٤١).

وأخرجه من حديث عائشة البخاري (٢٤٥٣)، ومسلم (١٦١٢)، وهو في «المسند» (٢٤٣٥٣).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في «الصحيح» وغيره، ذكرناها في «المسند» عند حديث ابن مسعود برقم (٣٧٦٧)، فانظرها هناك.

وكذٰلك المُودَعُ والمُستَعيرُ إذا تَصَرَّفا ورَبِحا تَصَدَّقا بالفَضْل (س)،

(وكذٰلك المُودَعُ والمُستَعيرُ إذا تَصَرَّفا ورَبِحا تَصَدَّقا بالفَضْل) وقال أبو يوسف: يَطيبُ له الفضلُ لأنه حَصَلَ في ضمانِه لملكِه الأصلَ ظاهراً، فإن المضموناتِ تُمْلَكُ بأداءِ الضَّمان مستنداً على ما تقدَّم، ولهما: أنه حَصَلَ بسببٍ خبيثٍ وهو التصرُّفُ في ملكِ الغير، والفرعُ يحصُل على صفةِ الأصل، والملكُ الخبيثُ سبيلُه التصدُّق به، ولو صَرَفَه في حاجةِ نفسِه جاز، ثم إن كان غنياً تصدَّق بمثلِه، وإن كان فقيراً لا يتصدقُ.

ولو لقي المالكُ الغاصبَ في غيرِ بلدِ الغصبِ فطالَبَه بالمغصوبِ فإن كان دراهمَ أو دنانيرَ دفعها إليه لأنها ثمنٌ في جميع البلاد، وإن كانت عيناً وهي قائمة في يدِه أُمِر بتسليمِها إليه إن كانت قيمتُها في الموضعين سواءً، لأنه لا ضررَ فيه على المالك، وإن كانت قيمتُه أقلَّ من بلدِ الغَصْبِ فإن شاء أخذَه، وإن شاء طالَبَه بالقيمةِ، وإن شاء صَبَرَ ليأخذَه في بلدِه، لأن نقصان السِّعْرِ بنقلِه، فيتخير المالكُ، بخلاف تغيُّر السِّعر في بلد الغصْب لأنه لا بصُنعِه، بل بقلة الرَّغَبات، وإن لم يكن في يدِه وقيمتُه أقلُّ، فالمالك إن شاء أخَذَ مثلَه إن كان مثليّاً، أو قيمتَه ببلد الغصبِ، أو يصبرُ ليأخذَ مثلَه في بلدِه، وإن كانت قيمتُه هنا أكثرَ فالغاصبُ إن شاء أعطاه مثلَه أو قيمتَه، لأنه هو الذي يتضرَّر بالدفع، وإن كانت القيمةُ سواءً فللمالك أن يطالبَ بالمِثل، لأنه لا ضررٌ على أحد، ولو تعيَّب في يدِ الغاصبِ ردَّه مع قيمةِ النُّقصان،

. . . .

فيقوَّم صحيحاً ويقوَّم وبه عيبٌ، فيَضْمَنُ ذٰلك، هٰذا في غير الرِّبويات لأن للجَودة قيمةً فيها، فأما الرِّبويات إن شاء أخذَه بعينِه وإن شاء ضمَّنه قيمتَه صحيحاً من غير جنسِه وترَكَه، لأن الجَودة لا قيمةَ لها عند المقابلة بالجِنس على ما عُرف، وآنيةُ الصُّفْر والرَّصاص إن بِيعت وزناً من الرِّبويات، وعدداً لا.

ولو غَصَبَ عنباً فصار زبيباً، أو عصيراً فصار خَلاً، أو رُطَباً فصار تمراً فالمالكُ إن شاء أخذَ عينَه لا غير، وإن شاء ضمَّنه مثلَه. ولو غَصَبَ عبداً أو جاريةً صغيرةً فكَبِر أخذَه ولا شيءَ للغاصِبِ من النفقة، قال عليه السلام: «مَن وَجَدَ عينَ مالِه، فهو أحقُّ به»(1)، ولو كان شاباً فصار شيخاً، أو شابةً فصارت عجوزاً ضَمِن النُّقصانَ. والشللُ، والعَرَجُ، وذَهابُ السَّمْع والبَصَرِ، ونسيانُ الحِرْفة والقرآن، والإباقُ والسرقةُ، والجنونُ، والزِّنَى عيبٌ يوجبُ النقصانَ، إن حدثت عند الغاصبِ ضَمِنَها.

(1) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩)، وهو في «المسند» (٧١٢٤)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٣٦) ولفظه: «من أدرك ماله بعينه عند رجل، أو إنسان، قد أفلس فهو أحق به من غيره».

وأخرج أبو داود (٣٥٣١) من حديث الحسن عن سمرة بلفظ: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق ويتَّبع البَيِّعُ من باعه»، وهو في «المسند» (٢٠١٠٩) من الطريق نفسه لٰكن بلفظ: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه، فهو أحق به». وفي سماع الحسن من سمرة كلام لٰكن يقويه ما قبله.

وَإذَا تَغَيَّرَ المَغْصُوبُ بِفِعْلِ الغاصِبِ حتّى زَالَ اسْمُهُ وأكْثَرُ مَنافِعِهِ مَلَكَه وَضَمِنَهُ، وَذٰلكَ كَذَبْحِ الشَّاةِ وَطَبْخِها أوْ شَيِّها أوْ تَقْطِيعِها، أو طَحْنِ الحِنْطَةِ أوْ زَرْعِها، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ، وَجَعْلِ الصُّفْرِ آنِيَةً والحَدِيدِ سَيْفاً، وَالبِناءِ عَلى السَّاجَةِ، واللَّبِن حائطاً، وعَصْرِ الزَّيتُونِ والعِنَبِ، وغَزْلِ القُطْنِ، ونَسْجِ الغَزْلِ، ولا يَنتَفِعُ به حتى يُؤَدّيَ بَدَلَه (ز)، . . . .

قال: (وَإذَا تَغَيَّرَ المَغْصُوبُ بِفِعْلِ الغاصِبِ حتّى زَالَ اسْمُهُ وأكْثَرُ مَنافِعِهِ مَلَكَه وَضَمِنَهُ، وَذٰلكَ كَذَبْحِ الشَّاةِ وَطَبْخِها أوْ شَيِّها أوْ تَقْطِيعِها، أو طَحْنِ الحِنْطَةِ أوْ زَرْعِها، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ، وَجَعْلِ الصُّفْرِ آنِيَةً والحَدِيدِ سَيْفاً، وَالبِناءِ عَلى السَّاجَةِ[1]، واللَّبِنِ حائطاً[2]، وعَصْرِ الزيتونِ والعنبِ، وغَزْلِ القُطْن، ونَسْجِ الغَزْلِ) والوجهُ فيه أنه استهلَكَها من وجهٍ لفواتِ معظم المقاصِدِ وتبدُّلِ الاسمِ، وحقُّه في الصنعة قائمٌ من كلِّ وجهٍ، فترجَّح على ما فات من وجهٍ، بخلاف ما إذا ذَبَحَ شاةً وسَلَخها، لأن الاسمَ باقٍ.

(ولا يَنتَفِعُ به حتى يُؤَدّيَ بَدَلَه) لقوله عليه السلام في الشاةِ المذبوحةِ المَصْليّة بغير رضا صاحبِها: «أَطْعِمُوها الأُسارَى»[3] فيه

---

(١) الساجة: قال في «البناية» ١١/ ٢١٤: بالسين المهملة وتخفيف الجيم: خشبة عظيمة، وقيل: خشبة منحوتة مهيأة للأساس، والأصح أنها خشبة صلبة قوية تجلب من بلاد الهند، ثم تعمل منها الأبواب.

(٢) لفظة: «حائطاً» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

(٣) أخرجه من حديث عاصم بن كليب، عن أبيه، عن رجل من الأنصار أبو داود (٣٣٣٢)، وهو في «المسند» (٢٢٥٠٩). وإسناده قوي، وانظر تمام تخريجه والكلام عليه فيه.

ولو غَصَبَ تِبْراً فضَرَبَه دراهِمَ أو دنانيرَ أو آنِيةً لم يَملِكْهُ (سم)، . . . .

دليلٌ على زوال ملكِ المالك وحُرمةِ الانتفاعِ قبلَ الإرضاء، ولأن في إباحةِ الانتفاع قبلَ الإرضاءِ فَتْحَ باب الغَصْب، ويجوزُ بيعُه وهبتُه مع الحُرمة، كالبيعِ الفاسدِ، فإذا أدّى بدَلَه أو أبرأَه المالكُ جاز له الانتفاعُ به، لأنه صارَ راضياً بالإبراء وأخذِ البَدَل، والقياسُ أن يجوزَ له الانتفاعُ قبلَ الأداء، وهو قولُ زفر، وهو رواية عن أبي حنيفة، لأنه ثَبَتَ له الملك، فيجوزُ له الانتفاعُ، ولهٰذا جاز بيعُه وهبتُه. وعن أبي يوسف أنه يزولُ ملكُ المالِكِ عنه، لٰكنه يُباع في دَيْنِه، وبعدَ الموت هو أحقُّ به من باقي الغُرَماء. ووجهٌ آخرُ في السَّاجة واللَّبن أن ضَرَرَ المالك صارَ منجَبراً بالقيمةِ، وضَرَرُ الغاصبِ بالهَدْم لا ينجبرُ، فكان ما قلناه رعايةً للجانبَين، فكان أولى.

ولو غَصَبَ خيطاً فخاطَ به بَطْنَ عبدِه أو أَمَتِه، أو لوحاً، فأدخَلَه في سفينةٍ، انقَطَعَ ملكُ المالِكِ إلى الضَّمان بالإجماع.

(**ولو غَصَبَ تِبْراً فضَرَبَه دراهِمَ أو دنانيرَ أو آنِيةً لم يَملِكْهُ**)، فيأخذُها المالكُ ولا شيءَ للغاصبِ، وقالا: يملكُها الغاصبُ وعليه مثلُها لما تقدم أنه استهلاكٌ بصنعتِه من وجهٍ، لأن بالكسرِ فات بعضُ المقاصد، ولأبي حنيفةَ أن العين باقيةٌ من كلِّ وجه نظراً إلى بقاء الاسم والثمنيَّة والوزنِ وجَرَيان الرِّبا فيه، والصنعةُ فيها غيرُ متقومةٍ لما بينا أنها لا قيمةَ لها عند المقابَلَة بالجِنس.

وَمَن خَرَقَ ثوبَ غيرِه فأبطَلَ عامَّةَ مَنفَعَتِه ضَمِنَه، ومَن ذَبَحَ شاةَ غيرِه أو قَطَعَ يَدَها، فإن شاءَ المالك ضَمَّنَه نُقصانَها وأخَذَها، وإن شاءَ سَلَّمها وضَمَّنَه قِيمَتَها، وفي غير مأكُولِ اللَّحم يَضْمَنُ قِيمَتَها بِقَطْعِ الطَّرَفِ. . . . .

قال: (**ومَن خَرَقَ ثوبَ غيرِه فأبطَلَ عامَّةَ مَنفَعَتِه ضَمِنَه**) لأنه استهلَكه معنىً، كما إذا أحرَقَه، فإذا ضَمَّنَه جميعَ القيمةِ تَرَكَ الثوبَ للغاصِب لئلا يجتمعَ البَدَلان في ملكٍ واحدٍ، وإن أمسَكَ الثوبَ ضَمَّنَه النقصانَ لبقاء العَين وبعضِ المنافع، وإن كان خَرْقاً قليلاً يَضمَنُ نُقصانَه لما أنه لم يُفوِّت شيئاً، بل عيَّبَه. واختلفوا في العيبِ الفاحشِ، قيل: هو أن يُوجبَ نُقصانَ ربعِ القيمةِ فما زاد، وقيل: ما يَنتَقِصُ به نصفُ القيمة، والصحيح ما يفوتُ به بعضُ المنافع، واليسيرُ ما لا يفوتُ به شيءٌ من المنفعةِ، بل يدخلُه نقصان عيبٍ.

قال: (**ومَن ذَبَحَ شاةَ غيرِه أو قَطَعَ يَدَها، فإن شاءَ المالك ضَمَّنَه نُقصانَها وأخَذَها، وإن شاءَ سَلَّمها وضَمَّنَه قِيمَتَها**) لأنه إتلافٌ من وجهٍ لتفويت بعضِ المنافع من اللَّبَن والنَّسْل وغيرِهما، وبقاءِ البعضِ وهو الأكلُ فيثبتُ له الخيارُ كما في الثوب في الخَرْقِ الفاحش.

قال: (**وفي غير مأكُولِ اللَّحم يَضْمَنُ قِيمَتَها بِقَطْعِ الطَّرَفِ**) لأنه استهلَكَها من كلِّ وجهٍ، ولو غَصَبَ دابةً فقطَعَ رِجْلَها ضَمِنَ قيمتَها. وروى هشام: إن أخَذَها المالكُ لا شيءَ له، وإن شاء تَرَكَها وأخَذَ القيمةَ عند أبي حنيفةَ، كما في الجُثَّةِ العمياءِ، خلافاً لهما، وإن قَلَعَ عينَ الدَّابة فعليه رُبعَ القِيمةِ استحساناً، وقيمةُ النقصان قياساً.

وفي جنايات الحسن عن أبي حنيفة: لو فَقَأَ عين بِرْذَونٍ أو بغلٍ أو حمارٍ عليه رُبعُ قيمتِه، وكذا كلُّ ما يُعمَل عليه من البقر والإبل، وما لا يُعمل عليه ما نَقَصَ. وقال في «الجامع الصغير»: وفي عين بقرةِ الجَزَّارِ وجَزُورِه رُبعُ القيمة، وفي عين شاةِ القَصَّاب ما نَقَصَها، والحَمَلُ[1] والطيرُ والدَّجاجةُ والكلبُ ما نَقَصَه. وقال أبو يوسف: عليه ما نَقَصَه في جميع البهائم اعتباراً بالشاة.

ولنا ما روي أنه عليه السلام قَضى في عَينِ الدَّابَّةِ برُبعِ القِيمةِ[2]. وكذا قَضَى عمرُ رضي الله عنه[3]، ولأنها تصلُحُ للحَمْلِ والرُّكوب والعَمَل، ولا تقومُ هٰذه المصالحُ إلا بأربعة أعينٍ: عينَيها وعينَي المُستعمِل، فصار كذاتِ أربعةِ أعيُنٍ، فيجبُ في أحدِها رُبع القيمةِ، كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدِّيَة لما كانت أربعة.

قال: (**ومَن بنَى في أرض غيرِه، أو غَرَسَ، لَزِمَه قَلْعُها ورَدُّها**) على ما بينا في الإجارات، قال عليه السلام: «لَيْسَ لعِرْقٍ ظَالِمٍ

(١) في (م): «والجمل»، بالجيم، والمثبت من (س).

(٢) أخرجه من حديث زيد بن ثابت العقيلي في «الضعفاء» ١/ ٩٥-٩٦، والطبراني في «الكبير» (٤٨٧٨). وفي سنده أبو أمية بن يعلى، قال الهيثمي في «المجمع» ٦/ ٢٩٨: وهو ضعيف.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٧٧٤٨) و(١٨٤٦٧) و(١٨٤١٨)، وابن أبي شيبة ٩/ ٢٧٥ و٢٧٦، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٩٦١) و(١٩٦٢)، والبيهقي ٦/ ٩٨ و٨/ ٩٦-٩٧.

ومَن غَصَبَ ثوباً فصَبَغَه أحمَرَ، أو سَوِيقاً فَلَتَّه بِسَمْن، فالمالكُ إن شاءَ أخَذَهُما ورَدَّ زِيادَةَ الصَّبْغ والسَّوِيق، وإن شاءَ أخَذَ قِيمَةَ الثَّوب أبيَضَ ومِثْلَ السَّوِيق، وسَلَّمَهُما.

حَقٌّ»[1]، ولأنه أشغَلَ ملكَ الغيرِ، فيؤمَرُ بتفريغِه دفعاً للظلم ورداً للحقِّ إلى مستحِقِّه.

قال: (ومَن غَصَبَ ثوباً فصَبَغَه أحمَرَ[2]، أو سَوِيقاً فَلَتَّه بِسَمْن، فالمالكُ إن شاءَ أخَذَهُما ورَدَّ زِيادَةَ الصَّبْغ والسَّوِيق، وإن شاءَ أخَذَ قِيمَةَ الثَّوب أبيَضَ ومِثْلَ السَّوِيق، وسَلَّمَهُما) لأن في ذٰلك رعايةَ الجانبين

---

(١) صحيح بشواهده، أخرجه من حديث سعيد بن زيد أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٢٩)، وأبو يعلى في «مسنده» (٩٥٧).

ويشهد له حديث عائشة عند أبي يوسف في «الخراج» ص٧٧، والطيالسي (١٤٤٠)، والدارقطني (٤٥٠٦)، والبيهقي ٦/ ١٤٢.

وحديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده عند الطبراني في «الكبير» ١٧/ (٤)، والبيهقي ٦/ ١٤٢، وابن عبد البر في «التمهيد» ٢٢/ ٢٨٤.

وحديث سمرة عند البيهقي ٦/ ١٤٢.

وأخرجه مرسلاً مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٤٣، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٣٠) من طريق هشام بن عروة، عن أبيه: أن رسول الله ﷺ. فذكره.

وأخرجه كذٰلك النسائي (٥٧٢٨) من طريق محمد بن عبد الرحمٰن، عن عروة: أن رسول الله...

(٢) لفظة: «أحمر» من (م) وحدها، ولم ترد في (س).

فصل

زوائدُ الغَصْبِ أمانةٌ، مُتَّصِلةً كانت أو مُنفَصِلةً، ويَضمَنُها بالتَّعَدّي أو بالمَنْعِ بعدَ الطَّلَب، . . . .

على ما تقدم، وصاحبُ الثوب صاحبُ الأصل، فكان الخيارُ له. وقال في «الأصل»: تجبُ قيمةُ السَّوِيق بناءً على أنه يتغيَّرُ بالقَلْي، فلم يَصِرْ مثلياً وسماه هاهنا مثلياً لقيام القيمةِ مقامَه، والألوانُ كلُّها سواء. وقال أبو حنيفةَ: السوادُ نُقصانٌ، قيل: هو اختلافُ عصرٍ وزمانٍ، وقيل: إن نَقَصَه السوادُ فهو نُقصانٌ.

فصل

(**زوائدُ الغَصْبِ أمانةٌ، مُتَّصِلةً كانت**) كالسِّمَن والجَمالِ والحُسْنِ (**أو مُنفَصِلةً**) كالوَلَد والعَقر والثمرةِ والصُّوف واللَّبَن، لأن الغصبَ لم يُرِدَّ عليها، لأنه إزالةُ يدِ المالك بإثبات يدِهِ، ولم يوجد، فلا يضمَنُ، لأن ضمانَ الغَصْب ولا غَصْبَ مُحالٌ.

(**ويَضمَنُها بالتَّعَدّي**) بأن أتلَفَه أو أكَلَه أو ذَبَحَه أو باعَه وسَلَّمه، (**أو بالمَنْعِ بعدَ الطَّلَب**) لأن الملكَ ثابتٌ للغيرِ، وقد تعدَّى فيه، فيضمنُه لما مرّ.

وإن طَلَبَ المتصلةَ لا يضمنُ بالبيع، لأن الطلبَ غيرُ صحيحٍ لعدم إمكان ردِّ الزوائد بدون الأصل، وقالا: يضمنُها بالبيع والتسليمِ كالمُنفصلةِ. ولأبي حنيفة: أن سببَ الضَّمان إخراجُ المَحَلِّ من أن يكون منتَفَعاً به في حقِّ المالكِ، ولم يوجد هنا، لأن الزيادةَ المتصلةَ ما

وما نَقَصَتِ الجاريةُ بالوِلادَةِ مَضْمُونٌ، وتُجْبَرُ بوَلَدِها وبالغُرَّةِ. ومَنافِعُ الغَصْب غيرُ مَضْمُونَةٍ استَوفاها أو عَطَّلها، . . . .

كان منتَفَعاً بها في حقِّ المالك لعدم يدِه عليها، فلا يجبُ الضمانُ، ولو زادت قيمتُها فعليه قيمتُها يومَ الغَصْبِ لا غيرَ، لأنه يومُ سببِ الضمانِ على ما تقدم.

قال: (**وما نَقَصَتِ الجاريةُ بالوِلادَةِ مَضْمُونٌ**) لفَوات بعضِها (**وتُجْبَرُ بوَلَدِها وبالغُرَّةِ**) لانعدامِ النُّقصان حُكماً، ولأن العُلُوقَ أو الولادةَ سببٌ للزيادةِ والنقصانِ، فلا يوجَبُ الضمانُ، كما إذا سَقَطت سِنُّها ثم نبَتَتْ، أو هَزُلَت ثم سَمِنت، أو رَدَّ أرْشَ اليدِ، فإنه ينجبرُ به نَقْصُ القَطْع، كذا هنا، وصار كثَمَن المَبيع، وإن لم يكن بالولد وفاءٌ انجبَرَ بقَدرِه وضَمِن الباقي، والغُرَّةُ كالولد، لأنها قائمةٌ مقامَه لوجوبها بَدَلاً عنه، ولو ماتت وبالولدِ وفاءٌ بِقيمتِها لا شيءَ عليه، هو الصحيح، لأنه لما ضَمِنَها يومَ الغَصْب مَلَكها من ذٰلك الوقت، فتبيَّن أن النُّقصان حَصَل على ملكِه، فلا حاجةَ إلى الجابر.

قال: (**ومَنافِعُ الغَصْب غيرُ مَضْمُونَةٍ، استَوفاها أو عَطَّلها**) أو استَغَلَ، لعدم وُرُودِ الغَصْب عليها، لأنه ما أزالَ عنها يدَ المالك لعَدَم وجودِها وقتَ الغَصْب، ولا مُماثلةَ بينها وبين الأعيانِ لبقاء الأعيانِ، وهي لا تبقى زمانين، ولأنها غيرُ متقوّمةٍ، وإنما تقوّمت بالإجارةِ ضرورةَ ورودِ العقدِ عليها، ولم يوجد، ويضمنُ ما نَقَصَ باستعمالِه لاستهلاكِه بعضَ أجزائِه.

ومَنِ استَهلَكَ خَمْرَ الذِّميِّ أو خِنزِيرَه فعليه قِيمَتُه، ولو كانا لِمُسلِمٍ فلا شيءَ عليه، ويجِبُ في كَسْرِ المعازِفِ قِيمتُها (سم) لِغيرِ اللَّهوِ. . . . .

قال: (ومَنِ استَهلَكَ خَمْرَ الذِّميِّ أو خِنزِيرَه فعليه قِيمَتُه، ولو كانا لِمُسلِمٍ فلا شيءَ عليه)[1] لقوله عليه السلام: «اترُكُوهُم وما يَدينُونَ»[2]، وإنهم يَدينون بماليَّتِهما، فإن الخمرَ والخِنزيرَ عندهم كالخَلِّ والشاةِ، بل هما من أنفس الأموال عندهم. وقال عليه السلام: «إذا قَبلوُها» ـ يعني الجزيةَ ـ «فأَعلِمُهم أَنَّ لهم ما للمسلمينَ وعليهم ما على المسلمينَ»[3] وللمسلمين التضمينُ بإتلاف ما يعتقدونَه مالاً، فكذا يكون للذِّمِّي، بخلاف المسلمِ، لأنهما ليسا مالاً في حقِّه أصلاً، وحرمةُ بدَلِهما عليه كحُرمتِهما، والخمرُ وإن كان مثلياً فالمسلمُ ممنوعٌ من تملُّكه وتمليكه فوجب القيمةُ، أما الرِّبا فحرامٌ عندهم وهو مستثنى عن عَقْد الذمَّةِ.

قال: (ويجِبُ في كَسْرِ المعازِفِ قِيمتُها لِغيرِ اللَّهوِ) وسواءُ كانت لمسلمٍ أو ذميٍّ كالبَرْبَطِ والطَّبْلِ والدُّفِّ والمِزْمار والجَنك والعود ونحوها، ويجوز بيعُها، وقالا: لا يضمنُ ولا يجوز بيعُها، لأنها أُعِدَّت للمعاصي، فلا يضمن كالخمر، ومُتلِفها يتأوّل فيها النهيَ عن

---

(١) لفظه: «عليه» أثبتناها من (م)، ولم ترد في (س).

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢١٥ وبيَّض له، وقد سلف ص٢٢.

(٣) سلف تخريجه والكلام عليه ص٢١.

المنكر، وأنه مأمورٌ به شرعاً، فلا يَضمنُ كإذن القاضي، وَبَلْ أولى.

ولأبي حنيفة أنها أموالٌ صالحةٌ للانتفاع في جهةٍ مباحةٍ، وتصلحُ لما لا يحلّ فتُضمَن، والفسادُ بفعلِ فاعلٍ مختارٍ، فلا يسقُطُ التقومُّ، وجوازُ البيع لأنهما بناءً على الماليّةِ، وصار كالجاريةِ المُغنِّية، وتجبُ قيمتُها لغير اللهو، كالجارية المُغنِّية، والكبشِ النَّطوح، والحمامةِ الطَّيّارة، والدِّيك المقاتِل، والعبدِ الخَصِيّ، فإنه تجبُ قيمتُها غيرَ صالحةٍ لهٰذه الأمور، كذا هٰذا.

ولو أحرَقَ باباً منحوتاً عليه تماثيلُ منقوشةٌ ضَمِن قيمتَه غيرَ منقوش، لأن نقشَ التماثيل حرامٌ غيرُ متقوّم، وإن كان مقطوعَ الرأس يضمنُ قيمتَه منقوشاً لأنه غيرُ حرام، والتماثيل على البساط غيرُ محرَّم فيجب قيمتُه منقوشاً.

ولو غَصَبَ ثوباً فكساه للمالك، أو طعاماً فقدَّمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم به بَرِئَ من الضمان لأنه أعادَ الشيءَ إلى يدِه، وقد تمكّن من التصرف فيه حقيقةً، فيبرأ بالنصِّ، وهو قوله عليه السلام: «على اليَدِ ما أَخذَتْ حَتى تَرُدَّ»[1]. ولو جاء الغاصبُ بقيمةِ المغصوب إلى المالك فلم يقبَلْها أجبرَه الحاكم على قَبولها، فإن وضعها في حِجْرِه بَرِئَ، وإن وضعها بين يديه لا يَبرأ، بخلاف ما إذا وَضَعَ المغصوبَ أو الوديعةَ بين يديه حيثُ يبرأ، لأن الواجب في العين ردُّها، وأنه يتحققُ

(١) سلف تخريجه ص٥٦٣.

بالتَّخلية، والواجبَ في الدَّين القبضُ لتتحقُّق المعاوَضة والمقاصَّة، والقبضُ لا يحصُلُ بالتخلية.

وروى ابن سَمَاعةَ عن محمد: للقاضي أن يأخذَ المالَ من الغاصبِ والسارِق إذا كان المالكُ غائباً، ويحفظُه عليه، فإن ضاعَ فجاءَ المالكُ فله أن يُضمِّنَ الغاصبَ والسارقَ ولا يبرأُ بأخذ القاضي، لأن للقاضي التصرُّفَ في مال الغائبِ فيما يؤدِّي إلى حفظِه لا فيما يرجعُ إلى إبراء حُقوقِه.

ولو حلَّ دابةَ رجل أو قَيْد عبدِه، أو فَتَحَ قَفَصَه وفيه طيورٌ لم يضمن، لأنه تخلَّل بين فعلِه والتَّلفِ فعلُ فاعلٍ مختارٍ، وهو ذهابُ الدابةِ والعبدِ وطيرانُ الطيور، واختيارُهم صحيحٌ، وتركُه منهم متصوّرٌ، والاختيارُ لا ينعدمُ بانعدام العقل، ألا ترى أن المجنون يضمنُ ما يُتلِفه وإن كان معدومَ العقل، فيضافُ التَّلَفُ إلى المباشَرَة دون التسبيب، كالحافرِ والدافعِ.

ولو حلَّ فَمَ زِقٍّ وفيه دهنٌ فسال ضَمِنَ، لأنه تسبَّب لتلفِه بإزالة المُمسِك، ولم يتخلل بينَه وبين التلفِ فعلُ فاعلٍ مختارٍ. ولو كان جامداً فشقَّه فذاب بالشمس ثم سال، لم يضمن لأن الجامدَ يستمسُك بنفسِه لا بالزِقِّ، فلم يكن الشَّقُّ إتلافاً، وإنما صار مائعاً بالشمس لا بفعلِه.

. . . .

ذهَبَتْ دابةُ رجلٍ ليلاً أو نهاراً بغير إرسالِ صاحبها، فأفسدت زرعَ رجلٍ، لا ضمانَ عليه، لأنها ذهبت باختيارِها، وفعلُها هَدْرٌ، قال عليه السلام: «العَجْماءُ جُبارٌ»[1]، وإن أرسلها ضَمِن.

رجلٌ وجد في زرعِه أو دارِه دابةً، فأخرجها فهلكت، أو أكلها الذئبُ لم يضمن، نَصَّ عليه محمدٌ في «المنتقى»، قالوا: والصحيح إن أخرجها ولم يَسُقْها لم يضمن لأن له ولايةَ الإخراج، وإن ساقها بعدَ الإخراج ضَمِن.

رجل أدخل دابةً في دارِ رجلٍ، فأخرجها صاحبُ الدار فهلكت، لا يضمنُ. وإن وَضَع ثوباً في دارِه فرمى به فضاع، ضَمِنَ، لأن الثوب لا يضرُّ الدارَ، فكان الإخراجُ إتلافاً، والدابةُ تضرُّ بالدار فلم يكن إتلافاً، والله أعلم.

❑ ❑ ❑

(١) أخرجه البخاري (١٤٩٩)، ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة، وهو في «مسند أحمد» (٧١٢٠)، و«صحيح ابن حبان» (٦٠٠٥)، وانظر تمام تخرجه فيهما.

كتاب إحياء المَوَات

المَوَاتُ: ما لا يُنتَفَعُ به من الأراضِي، وليسَ مِلْكَ مُسلِمٍ ولا ذِميٍّ، وهو بَعِيدٌ منَ العُمْرَانِ، إذا وَقَفَ إنسانٌ بطَرَفِ العُمْرَانِ ونادَى بأعلَى صَوتِه لا يُسْمَعُ، مَن أحياه بإذنِ الإمامِ (سم) مَلَكَهُ، مُسلِماً كان أو ذمِّياً. . . . .

كتاب إحياء الموات

(المَوَاتُ: ما لا يُنتَفَعُ به من الأراضِي) لانقطاع الماء عنه، أو لغَلَبتِه عليه، أو كونها حجراً أو سَبَخةً[1] ونحو ذٰلك مما يمنع الزراعة، سميت بذٰلك لعدم الانتفاع بها كالميت لا ينتفع به، فما كان كذٰلك (وليسَ مِلْكَ مُسلِمٍ ولا ذِميٍّ، وهو بَعِيدٌ منَ العُمْرَانِ، إذا وَقَفَ إنسانٌ بطَرَفِ العُمْرَانِ ونادَى بأعلَى صَوتِه لا يُسْمَعُ، مَن أحياه بإذنِ الإمامِ مَلَكَهُ، مُسلِماً كان أو ذمِّياً) لأن ما كان قريباً من العُمران يرتفقُ الناسُ به عادةً، فيطرحون فيه البيادرَ ويرعَون فيه المواشي. وعن محمد أنه يُعتبر أن لا يرتفق به أهلُ القريةِ وإن كان قريباً، والمختارُ هو الأوّل لتعلُّق حقهم به حقيقةً أو دِلالةً، فلا يكون مَوَاتاً، وكذٰلك إذا كان محتَطَباً لهم لا يجوز إحياؤُه لأنه حقُّهم.

---

(١) كذا في (م)، وفي (س): «صبخة» بالصاد، قال في «لسان العرب»: وهي لغة في السبخة، والسين أعلى.

ويُشترط في الإحياء إذنُ الإمام، وقالا: لا يُشترط، لقوله عليه السلام: «مَن أَحيا أرضاً مَيْتةً فهي له، وليس لعِرقِ ظالمٍ حَقٌّ»[1]، ولأنه مباحٌ سَبَقَتْ يدُه إليه، كالصيد.

ولأبي حنيفة قوله عليه السلام: «ليس للمَرءِ إلاَّ ما طابتْ به نَفْسُ إمامِه»[2] والمرادُ به في المباحات، إلا أن الحَطَبَ والحَشيش والماءَ خُصَّ عنه بالحديث، فبقي الباقي على الأصل، وحديثُهما محمول على الإذن لقومٍ مخصوصين توفيقاً، ولأنه وَصَلَ إلى يد المسلمين بالقِتال والغَلَبَة فيكون غَنيمةً، فلا يحلُّ لأحدٍ بدون إذنِ الإمام، كسائر الغنائم، والمسلمُ والذِّمِّيُّ سواءٌ، لأن الإحياءَ سببُ الملكِ، فيستويان فيه كسائر الأسباب.

ويجبُ فيها العُشْرُ على المسلمِ، والخراجُ على الذميِّ، لأنه ابتداءُ وضعٍ، فيجب على كلِّ واحدٍ ما يليقُ به. وإن سقاه بماء الخَرَاج يُعتبر بالماء.

والإحياءُ: أن يَبنيَ فيها بناءً، أو يَزرعَ فيها زرعاً، أو يجعلَ للأرض مُسَنّاة[3] ونحو ذلك، ويكون له موضعُ البناء والزرعِ دون غيرِه.

---

(١) حديث صحيح، وقد سلف تخريجه ص٥٧٤.

(٢) أخرجه من حديث معاذ الطبراني في «الكبير» (٣٥٣٣)، وفي «الأوسط» (٦٧٣٥)، قال الهيثمي في «المجمع» ٥/ ٣٣١: وفيه عمرو بن واقد، وهو متروك.

(٣) المُسَنّاة: حائط يُبنى في وجه الماء، ويسمى السَّدَّ.

ولا يَجُوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامِرِ، ومَن حَجَّرَ أرضاً ثلاثَ سنينَ فلم يَزرَعْها دفعَها الإمامُ إلى غيرِه. . . . .

وقال أبو يوسف: إن عَمَرَ أكثرَ من النصف كان إحياءً لجميعها، وإن عَمَرَ نصفها له ما عَمَرَ دون الباقي. وذكر ابن سَمَاعة عن أبي حنيفةَ: إن حَفَر فيها بئراً أو ساقَ إليها ماءً فقد أحياها، زَرَعَ أو لم يزرع، ولو شَقَّ فيها أنهاراً لم يكن إحياءً إلا أن يجري فيها ماءٌ فيكون إحياءً.

(**ولا يَجُوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامِرِ**) لما بينا. ومَن أحيا مَوَاتاً ثم أحاط الإحياءُ بجوانبه الأربعة على التعاقب فطريقُ الأوّل في الأرض الرابعة لتعيُّنِها، روِي ذلك عن محمد. ومن أحيا مَوَاتاً ثم تركها فزرعها آخرُ، قيل: هي للثاني، لأن الأوّل مَلَكَ استغلالها لا رقَبَتَها، وقيل: هي للأوّل، وهو الأصحّ، لأنها مُلْكُه بلام المِلْكِ في الحديث.

قال: (**ومَن حَجَّرَ أرضاً ثلاثَ سنينَ فلم يَزرَعْها دفعَها الإمامُ إلى غيرِه**) لأن التَّحجيرَ ليس بإحياءٍ، والإمامُ دَفَعَها لتحصيل المصلحةِ من العُشْر والخَرَاج، فإذا لم يحصُل دَفَعَها إلى غيرِه ليحصلَ.

وسُمِّي تحجيراً لوجهين: أحدهما: من الحَجْر وهو المَنْع، لأنه يمنعُ غيرَه عنها. الثاني: أنهم يضعون الأحجارَ حولَها تعليماً لحُدودها، لئلا يَشْرَكَهم فيها أحدٌ. والتَّحجيرُ: أن يعلِّمَها بعلامةٍ، بأن وَضَعَ الحجارةَ، أو غَرَس حولَها أغصاناً يابسةً، أو قَلَعَ الحَشيش، أو أحرَقَ

ومَن حَفَرَ بِئراً في مَوَاتٍ فحَرِيمُها أربَعُونَ ذِراعاً من كُلّ جانِبٍ للنَّاضِحِ (سم) والعَطَنِ، فمَن أرادَ أن يَحفِرَ في حَرِيمها مُنِعَ، . . . .

الشَّوكَ ونحوَه فإنه تحجيرٌ، وهو استيامٌ[1] وليس بإحياءٍ، ولهٰذا لو أحياها غيرُه قبل الثلاث سنين مَلَكها لأنه أحياها، كما يُكره السَّوم على سوم أخيه، ولو عَقَدَ جاز العقدُ، والتقديرُ بثلاث سنين مرويٌّ عن عُمر رضي الله عنه، فإنه قال: من أحيا أرضاً ميتةً فهي له، وليس لمحجِّرٍ بعد ثلاثٍ حقٌّ[2].

قال: **(ومَن حَفَرَ بِئراً في مَوَاتٍ فحَرِيمُها أربَعُونَ ذِراعاً من كُلّ جانِبٍ للنَّاضِحِ والعَطَنِ)** عند أبي حنيفة، **(فمَن أرادَ أن يَحفِرَ في حَرِيمها مُنِعَ)** لأن في الأراضي الرِّخوة يتحوّلُ الماء إلى ما يُحفَرُ

---

(١) استيام: من السُّومة بالضم، أي: العلامة، ومنها الخيل المسوَّمة، أي: المعلَّمة.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا ص٢٧١ وقال: رواه أبو يوسف في كتاب «الخراج» عن الحسن بن عمارة، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن عمر. ورواه محمد بن الحسن في «الأصل» عن أبي يوسف. وفي الحسن بن عمارة مقال. ولكن اعتمده، والحافظ أعلم بحديث شيخه، على أنا نجد الحديث عندهم من طرق عديدة يقتصرون منها على طريق في بعض الأماكن، وعلى أخرى في أخر، وقد أخرج ابن زنجويه في كتاب «الأموال» (١٠٦٢): حدثنا ابن أبي عباد، حدثنا سفيان بن عيينة، عن ابن أبي نجيح، عن عمرو بن شعيب: قال عمر: من كانت له أرض فعطلها ثلاث سنين ولا يعمرها، فعمرها غيره، فهو أحق بها. وهٰذا سند رجاله كلهم ثقات إلا أنه مرسل. انتهى.

. . . .

دونَها، فيؤدّي إلى اختلالِ[1] حقِّه، ولأنه مَلَكَ الحريمَ ليتمكَّنَ من الانتفاع به، وذٰلك يمنعُه.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: إن كانت للنَّاضِحِ فستُّون، لحديث الزهري: أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «حَريمُ العينِ خَمسُ مئةِ ذِراعٍ، وحَريمُ بئرِ العَطَنِ أربعونَ ذِراعاً، وحَريم بئرِ النَّاضِحِ سِتُّون ذِراعاً»[2]، ولأنه

(١) في (م): اختلاف، والمثبت من (س).

(٢) أخرجه بهٰذا اللفظ محمد بن الحسن في كتابه «الأصل»، كما ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٧١.

وأخرج ابن أبي شيبة ٦/ ٣٧٣-٣٧٤، وأبو داود في «المراسيل» (٤٠٢)، وأبو عبيد في «الأموال» ص٣٦٩-٣٧٠، ويحيى بن آدم في «الخراج» (٣٢٧)، والحاكم ٤/ ٩٧، والبيهقي ٦/ ١٥٥ من طرق عن الزهري، عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ قال: حريم البئر العاديَّة خمسون ذِراعاً، وحريم بئر البدي خمس وعشرون ذِراعاً.

ووصله الحاكم ٤/ ٩٧-٩٨ بذكر أبي هريرة وأسنده من طريق عمر بن قيس المكي المعروف بسندل، وهو متروك. ورواه الدارقطني في «سننه» (٤٥١٩) من طريقين في أحدهما الحسن بن أبي جعفر، ضعفه أحمد، والنسائي، وابن معين، وقال البخاري: منكر الحديث. وفي الثاني: محمد بن يوسف بن موسى المقري، وهو ضعيف جداً، اتهمه الخطيب والدارقطني بالوضع. وقال الدارقطني: الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده، فقد وهم.

وأخرجه مرسلاً أيضاً أبو داود في «المراسيل» (٤٠٣): حدثنا عمرو بن عثمان، حدثنا بقية، حدثنا الزبيدي، حدثنا الزهري: إن السنة والقضاء بمعنى=

. . . .

يحتاج فيها إلى سَير الدابةِ للاستقاء، وقد يطولُ الرِّشاء[1]، وبئرُ العَطَن يستقي منها بيدِه فكانت الحاجةُ أقلَّ.

ولأبي حنيفة قوله عليه السلام: «مَن حَفَر بئراً فلهُ ما حَوْلها أربعونَ ذِراعاً عطناً لماشِيَتِه»[2]، من غير فصلٍ، ولأن استحقاق الحريم على

= حديث سفيان كلِّه يقول في كل واحد من كل ناحية، فهٰذا حريم، وزاد، قال: «قليب» مكان بئر، وقال في حديثه: في كل واحد لم يذكره من كل ناحية، زاد: وحريم العين خمس مئة ذراع من كل ناحية، فهٰذا حريم ما يأذن به السلطان من الحفائر، إلا أن يكون لقوم في أرض أسلموا عليها، أو ابتاعوها.

وأخرج أبو داود في «سننه» (٣٦٤٠) من طريق عبد العزيز بن محمد، عن أبي طوالة، وعمرو بن يحيى بن عمارة، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري، قال: اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان في حريم نخلة، في حديث أحدهما: فأمر بها فَذُرعت، فوُجدت سبعة أذرع. وفي حديث الآخر: فوجدت خمسة أذرع، فقضى بذٰلك. قال عبد العزيز: فأمر بجريدة من جريدها فذُرعت. وسنده صحيح. وأبو طوالة: هو عبد الرحمٰن بن معمر الأنصاري.

وانظر تمام تعليقنا في «مراسيل أبي داود».

وانظر ما بعده.

(١) الرِّشاء، أي: الحبل.

(٢) أخرج الدارمي (٢٦٢٦)، وابن ماجه (٢٤٨٦) من حديث عبد الله بن مغفل: أن النبي ﷺ قال: «من حفر بئراً فله أربعون ذِراعاً عطناً لماشيته». وإسناده ضعيف لضعف إيماعيل بن مسلم المكي أحد رواته.

وأخرج أحمد في «مسنده» (١٠٤١١) من طريق عوف، عن رجل حدثه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «حريم البئر أربعون ذِراعاً من حَواليها كلِّها، =

خلافِ القياس، لأنه في غير موضعِ الإحياء وهو الحَفْرُ، وإنما تركناه في موضعٍ اتَّفَقَ الحديثان، وما اختَلَفا فيه يبقى على الأصل، ويمكنه أن يدير الدابة حولَ البئر فلا يحتاجُ إلى زيادةِ مسيرٍ.

وقال أبو حنيفة: جَعَل في حديث الزهري ستين ذراعاً حريماً لمَدّ الحبل، لا أنه يملك ما زاد على الأربعين، ولو احتاج إلى سبعين يَمُدُّ الحبل إليه، وكان له مدُّ الحبل لا أنه يملكُه. وذكر في «النوادر» عن محمد: أن حَريم بئر الناضِح بقَدْر الحَبْل سبعون كان أو أكثر، والعَطَن: مَبْرَكُ الإبل حولَ الماء، يقال: عَطَنَتِ الإبل فهي عاطِنَةٌ وعَوَاطِن: إذا سُقِيَتْ وبَرَكت عند الحِياض لتُعاد إلى الشرب. والنواضح: الإبلُ التي تستقي الماء، والواحد ناضِحٌ، وفي الحديث: «كُلُّ مَا سُقِيَ مِنْ الزَّرعِ نَضْحاً، ففيه نصْفُ العُشرِ»[1].

قال: (وحَرِيم العَينِ مِن كُلِّ جانِبٍ خَمسُ مئةِ ذِراعٍ) لما سَبَقَ من الحديث، ولأن العين تُستخرج للزراعة، فلا بدَّ من موضعِ حوضٍ يُجمَع فيه الماء، وساقيةٍ يجري فيها الماء إلى المزراع، فاحتاج إلى مسافةٍ أكثرَ من البئر.

= لأعطان الإبل والغنم...» الحديث. وإسناده صحيح، والرجل المبهم في إسناده هو محمد بن سيرين كما جاء به مصرحاً به عند البيهقي ٦/ ١٥٥ بإسناد صحيح من طريق مسدد، عن هشيم: أخبرنا عوف، حدثنا محمد بن سيرين.

(١) سلف تخريجه ١/ ٣٦٤.

والقَناةُ عند خُرُوجِ الماءِ كالعَينِ. ولا حَرِيمَ للظَّاهِرِ (سم) إذا كانَ في مِلكِ الغَيْرِ إلاَّ بِبيِّنةٍ، وكذا لو حَفَرَه في أرضٍ مَوَاتٍ لا حَرِيمَ له، . . . .

قال: (**والقَنــاةُ عند خُرُوجِ الماءِ كالعَينِ**) وقبله: قيل هو مفوَّض إلى رأي الإمام، لأنه لا بدَّ للقناةِ من الحَريم لملقى طِينِه ما لم يظهر، فإذا ظَهَر فهو كالعَين الفَوَّارة، قيل: هو قولهما، أما على قول أبي حنيفة لا حَريم للقناةِ ما لم يظهر الماءُ، لأنه نهرٌ مطويٌّ، فيُعتبر بالنهر الظاهر.

(**ولا حَرِيمَ للظَّاهِرِ**) عند أبي حنيفة (**إذا كانَ في مِلكِ الغَيْرِ إلاَّ بِبيِّنةٍ، وكذا لو حَفَرَه في أرضٍ مَوَاتٍ لا حَرِيمَ له**) خلافاً لهما.

وقال المحقِّقون من مشايخنا: للنهر حريمٌ بقَدْر ما يَحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوِه بالاتفاق. ثم قال أبو يوسف: حريمُه مقدارُ عرضِ نصفِ النهر من كلّ جانبٍ، لأن المعتبَرَ الحاجةُ الغالبة، وذٰلك بنقل تُرابِه إلى حافتيه، فيكفي ما ذكرنا.

وقال محمد: عرضُ جميعِ النهر من كلِّ جانبٍ، لأنه قد لا يُمكنه إلقاءَ التراب من الجانبين، فيحتاج إلى إلقائِه في أحدِهما فيُقدَّر في كل طرف ببطنِ النهرِ، والحوضُ على هٰذا الاختلاف. لهما: أنه لا انتفاعَ بالنهر إلا بالحَريم، لأنه يحتاجُ إلى المشي فيه لتسييل الماء، ولا يكون ذٰلك عادةً في بطنِه، وإلى إلقاءِ الطين وأنه يَخْرُج بنقلِه، فوجب أن يكون له حريمٌ كالبئر. وله أن الحريمَ على خلافِ القياس لما مرّ، تركناه في البئر بالحديث، ولأن الحاجةَ في البئر أكثرُ، لأنه لا يمكن

ولو غَرَسَ شجَرَةً في أرضٍ مَوَاتٍ فحَرِيمُها مِن كُلِّ جانبٍ خَمسَةُ أذرُعٍ، وما عَدَلَ عنه الفُرَاتُ أو دِجْلَةُ يجُوزُ إحياؤُه إنْ لم يُحتَمَل عَوْدُه إليه، وإنِ احتُمِلَ عَوْدُه لا يَجُوزُ.

الانتفاعُ بماءِ البئر بدون الاستقاءِ، ولا استقاءَ إلا بالحَريم، أما النهرُ يمكن الانتفاعُ بمائِه بدون الحَريم.

قال: (**ولو غَرَسَ شجَرَةً في أرضٍ مَوَاتٍ فحَرِيمُها مِن كُلِّ جانبٍ خَمسَةُ أذرُعٍ**) ليس لغيرِه أن يغرِس فيه، لما روي أنَّ رجلاً غرَسَ شجرةً في أرضِ فلاةٍ، فجاء آخرُ وأراد أن يغرسَ شجرةً إلى جانب شجرتِه، فشكا الأوّلُ إلى رسولِ الله ﷺ، فأمر بأن تُؤخَذَ من شجرتِه جريدةٌ فتُذْرَعُ، فبَلَغَ خمسةَ أذرُعٍ، فجعل له ﷺ الحريمَ من كلِّ جانب خمسة أذرعٍ، وأطلَقَ للآخرِ فيما وراء ذٰلك[1]. قال في «المحيط»: هٰذا حديث صحيح يجبُ العملُ به.

قال: (**وما عَدَلَ عنه الفُرَاتُ أو دِجْلَةُ**[2] **يجُوزُ إحياؤُه إنْ لم يُحتَمَل عَوْدُه إليه**) لأنه كالمَوَات، وهو في يدِ الإمام إذا لم يكن حريماً لعامرٍ. (**وإنِ احتُمِلَ عَوْدُه لا يَجُوزُ**) لحاجةِ العامةِ إليه.



---

(١) سلف تخريجه ص٥٨٦.

(٢) في (م): ودجلة، والمثبت من (س).

فهرس

الجزء الثاني من «الاختيار لتعليل المختار»

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة